Die Folgen der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft.

.....

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Dr. Ing. **Johannes Kaden**

aus **Berlin.**

ACAD
LUGD.BAT
BIBL.

Halle a. S.
Buchdruckerei Hohmann.
1915.

Meinen Schwestern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0052

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturverzeichnis VI

Einleitung 1

I. Das Handelsregister und die Wirkung der Eintragung . . . 2

II. Die Folgen der Nichtigkeit bis zur Eintragung der Nichtigkeit 19

1. Die Rechtsstellung der Aktiengesellschaft 19

2. Die Heilung der Mängel 23

3. Die Nichtigkeitsklage 37

4. Die Löschung 46

III. Die Wirkung der Nichtigkeit nach der Eintragung 58

IV. Haftung für aus der Nichtigkeit entstandenen Schaden . . . 62

Literaturverzeichnis.

Alexander-Katz-Dyhrenfurth: Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetz. 1899.

Benjamin: Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach geltendem Recht. Dissertation Erlangen 1907.

Biermann: Bürgerliches Recht. Bd. II. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Berlin 1908.

Brand: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar 1911. Berlin.

Brehmer: Formmängel des Statuts als Nichtigkeitsgründe bei Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. beschr. Haftung und eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach dem neuen HGB. und seinem Einführungsgesetz. Dissertation. Leipzig 1910.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Auflage. Stuttgart 1910.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I. 1912. Halle a. S.

Denkschrift, Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift. Amtliche Ausgabe. 1896.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Dittrich: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Ger. vom 17. Mai 1898. 2. Aufl. Leipzig 1906.

Dorner: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. Karlsruhe 1899.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I. 1908.

Düringer: Ueber Nichtigkeit v. Aktienges. und von Aktien nach dem Entw. eines neuen HGB.; Holtheim 1897 Nr. 2 S. 46 ff.

Duchant: Aus welchen Gründen kann nach heutigem Recht eine AG. für nichtig erklärt werden, und wie ist das die Nichtigkeit herbeiführende Verfahren geregelt? Diss. Leipzig 1911.

Ebert-Dudek-Lindemann: Das Reichsges. über die Angel. d. freiw. Ger. 2. Aufl. 1908. Breslau.

Ehrenberg: Handbuch des Handelsrechts. 1913. Teil I. Leipzig.

Enzmann: Die Nichtigkeit einer AG. 1907.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw. Zusammengestellt im Reichsjustizamte.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen und in Zivilsachen.

Esser: Die Aktiengesellschaften nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. Berlin 1907.

Freytag: Nichtigerklärung einer Aktiengesellschaft nach altem und neuem Recht. Diss. Erlangen 1908.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1909.

Gierke: Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs. In Zeitschr. f. d. Ges. HR. von L. Goldschmidt. Bd. 45 S. 502 ff.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Kommentar. Berlin 1905.

Goldschmidt: Die Nichtigkeit einer AG. Holtheim. 9. Jahrg. Nr. 8, 9.

Heilfron: Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. Berlin 1907.

Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1908.

Jhering: Jahrbücher des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1894.

Josef: Das Reichsgesetz über die Angel. d. freiw. Gerichtsbark. 2 Aufl. 1906.

Juristische Wochenschrift.

Lehmann: Gründungsmängel und Eintragung der Aktiengesellschaften. Jherings Jahrb. Bd. 33 S. 389 ff.

Lehmann: Das Recht der Aktiengesellschaften. Bd. I. Berlin 1898.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig. 2. Aufl. 1908.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Aktiengesellschaften). Berlin 1913.
Lent: Die Nichtigkeit einer AG. nach dem neuen HGB. Diss. Leipzig 1901.
Litthauer-Mosse: Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin 1911.
Lüttge: Die Nichtigkeitserklärung einer AG. nach dem neuen HGB. Leipzig 1908.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen von Dr. Holtheim.
Pinner: Das deutsche Aktienrecht. Kommentar. Berlin 1899.
Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. Berlin 1900.
Rießer: Die Neuerungen im deutschen Aktienrecht. Berlin 1899.
Ring: Das Reichsges. betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. 2. Aufl. Berlin 1893.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar 1910.
Seebach: Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft. Diss. Leipzig 1911.
Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. 1905.
Simonis: Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach dem neuen HGB. Diss. Rostock 1901.
Stade: Die Nichtigkeit einer AG. Diss. Leipzig 1908.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin Bd. I. 6./7. Aufl. 1900, 8. Aufl. 1906, 9. Aufl. 1911.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 14. Aufl. Berlin 1913.
Wulf: Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach dem neuen HGB. Diss. Erlangen 1905.

Einleitung.

In der vorliegenden Abhandlung will ich, wie der Titel besagt, die Folgen der Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft zur Darstellung bringen, sowohl die Folgen der noch nicht eingetragenen Nichtigkeit als auch die Folgen nach der Eintragung. Auf die einzelnen Gründe, aus denen eine Aktiengesellschaft nichtig sein kann, wegen derer die Nichtigkeitsklage erhoben oder die Löschung vorgenommen werden kann, will ich, da sich mit dieser Frage Kommentare und Dissertationen schon zur Genüge beschäftigt haben, nur mit einigen kurzen Worten eingehen, soweit es eben zur Darlegung der Folgen der Nichtigkeit notwendig ist. Den Kern der Arbeit sehe ich aber in folgender Frage: Welche Wirkung hat die Eintragung der nichtigen Aktiengesellschaft ins Handelsregister? Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es mir notwendig, auf das Wesen und den Zweck des Handelsregisters zurückzugehen, die Arten der verschiedenen Eintragungen und deren Wirkung näher zu beleuchten und die in Betracht kommenden Begriffe zu erläutern. Auch auf den öffentlichen Glauben des Handelsregisters soll eingegangen werden, da die Wirkung, die die Eintragungen im Handelsregister haben, eng mit ihm in Zusammenhang steht. Ich werde dann ferner versuchen, die Heranziehung des § 5 HGB. auf die Eintragung der nichtigen „Aktiengesellschaft" zu rechtfertigen.

Den zweiten Teil der Arbeit bildet die Besprechung der Nichtigkeit, wie sie sich im Lichte des § 5 äußert. Zuerst werden die Folgen bis zur Eintragung der Nichtigkeit behandelt im Verhältnis nach innen und nach außen; dann die Folgen nach der Eintragung der Nichtigkeit. Den Schluß bildet die Besprechung der Haftung für aus der Nichtigkeit entstandenen Schaden.

I.

Das Handelsregister und die Wirkung der Eintragung.

In weiten Kreisen ist die Ansicht verbreitet, der Zweck des Handelsregisters erschöpfe sich darin, die für den Handelsverkehr wichtigen Tatsachen nur zu Gunsten des Publikums zur öffentlichen Kenntnis zu bringen.[1] Diese Ansicht übersieht den Schutz, den die Einrichtung des Handelsregisters auch dem Kaufmann bietet. § 5 HGB. gibt dem Gewerbetreibenden selbst, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, das Recht, denjenigen auf die Eintragung zu verweisen, der ihn nicht wie einen Vollkaufmann behandeln will. Nach § 15 II HGB. muß jeder Dritte die eingetragene Tatsache gegen sich gelten lassen, wofern er nicht nachweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.[2] Diese Vorschrift verlangt also zu Gunsten des Kaufmanns

---

[1] Lehmann, Lehrb. d. Handelsr. 2. Aufl. S. 146: „das Handelsregister hat dagegen die eigentliche Bedeutung einer öffentlichen Verlautbarung gewisser wichtiger Tatsachen".

Cosack, Lehrbuch d. Handelsr. 7. Aufl. S. 34: Die Rechtsverhältnisse des Kaufmanns sind auch für größere Kreise von Personen wichtig, „und es ist deshalb wünschenswert, sie nach Möglichkeit offenkundig zu machen. Diesem Zweck dienen gewisse öffentliche Register. Das wichtigste von ihnen ist das Handelsregister."

Staub, Komm. 9. Aufl., Exk. zu § 8 Anm. 6: „Das Register ist nicht dazu bestimmt, ein vollständiges Bild über alle Rechtsverhältnisse der Kaufleute zu geben, vielmehr soll es nur einzelne Rechtsverhältnisse, die einen bestimmten Inhalt haben, kundbar machen."

[2] Ehrenberg, Handbuch d. Handelsr. 1913 Teil 1 S. 534: . . . „aber die Hauptbestimmung (§ 15 II) dient wiederum dem Interesse des Kaufmanns,

von jedem, der mit ihm in Beziehung tritt, daß er sich über die Eintragungen im Handelsregister informiert. Nur dem Dritten gegenüber dem bei seinem Nichtkennen nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, genießt diesen Schutz der Kaufmann nicht.

Sollte ferner das Handelsregister nur dem Schutze des Publikums dienen, so wären für den Kreis der Eintragungen weitere Grenzen gezogen; die Kenntnis noch manch anderer, als der nach jetzigem Recht einzutragenden Tatsachen, könnte für das Publikum von Wichtigkeit sein; z. B. die Kenntnis der Vermögensverhältnisse des einzelnen Kaufmanns. Darüber aber schweigt das Register.[1]

Schließlich aber weist auch die geschichtliche Entwicklung des Handelsregisters darauf hin, daß dem Interesse des Kaufmanns das Handelsregister von jeher zu dienen bestimmt ist.[2]

Die Wirkung, die die einzelnen Eintragungen im Handelsregister haben, ist keineswegs eine einheitliche. Man unterscheidet verschiedene Eintragungen mit verschiedener Wirkung; aber selbst die gleiche Art der Eintragung kann in einem Falle eine ganz andere Wirkung haben, als in einem anderen. Allen dürfte jedoch die eine Eigenschaft wesentlich sein, eine Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache zu begründen. Lehmann (a. a. O. S. 146 Ziffer 8) und Düringer-Hachenburg (Kommentar zum HGB. 2. Auflage zu § 8 Vorb. Anm. 4) sprechen diese Fähigkeit den Eintragungen ins Handelsregister ab. Nach ihrer

---

und im Interesse des Publikums ist nur der sog. negative öffentliche Glaube des Handelsregisters anerkannt worden (§ 15 I), eine Wirkung, die mit der ersteren an Bedeutung garnicht zu vergleichen ist".

[1] Ein weiteres Argument s. Ehrenberg, Handbuch d. Handelsr. 1913 Teil 1 S. 534 Zeile 13 ff.

[2] Hierüber s. Ehrenberg a. a. O. S. 532—534. S. 532: „Ursprünglich hat das Handelsregister sogar ausschließlich dem Interesse des beteiligten Kaufmannes und garnicht dem Interesse anderer Personen gedient; . . ."

S. 533: „Die Motive zu den Art. 8—11 des preußischen Entwurfes (S. 10) (des ADHGB.) sagen sogar ausdrücklich: ‚Alle derartigen Bekanntmachungen haben den Zweck, Dritten die Möglichkeit zu gewähren, von ihnen Kenntnis zu nehmen, und denselben den Einwand abzuschneiden, daß sie von der zu veröffentlichenden Tatsache nicht hätten unterrichtet sein können' — hier wird also ausschließlich der Schutz des Kaufmanns als Zweck des Handelsregisters proklamiert."

Ansicht sollen die Eintragungen nur die Vermutung begründen, daß die Eintragung richtig erfolgt ist. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Tätigkeit des Registerrichters sich nicht darauf beschränkt, die angemeldeten Tatsachen einfach einzutragen oder auf die Beobachtung der für die Eintragung selbst vorgeschriebenen Formalien zu achten. Der Richter hat das Recht und die Pflicht,[1] zu prüfen, ob die Voraussetzungen, die zur Eintragung notwendig — wozu auch das legale Zustandekommen der einzutragenden Tatsachen gehört — wirklich erfüllt sind. Erst nach dieser Feststellung erfolgt die Eintragung. Glaubt der Richter aber später, die Voraussetzungen lägen nicht mehr vor, so hat er wiederum Nachprüfungen anzustellen und, wenn sich ein Mangel herausstellt, die Löschung von Amtswegen in die Wege zu leiten.[2] Solange also eine Löschung nicht erfolgt ist, spricht umgekehrt eine Vermutung dafür, daß die Eintragung zu Recht bestehe; ist sie aber erfolgt, so spricht eine Vermutung für das Nichtbestehen der ursprünglich eingetragenen, aber gelöschten Tatsache. Welchen Zweck hätte denn sonst die Prüfung des Registerrichters hinsichtlich des legalen Zustandekommens der Tatsache, und warum hätte das Gesetz dem Registerrichter die Befugnis zur Löschung unrichtig eingetragener Tatsachen gegeben, wenn nicht dadurch die Rechtsvermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache begründet werden sollte? Hätte das Gesetz den Einträgen nur die Vermutung der Gesetzmäßigkeit der Eintragungen beilegen wollen, so hätte es den Richter wohl nur mit einer Prüfungsbefugnis hinsichtlich der bei dem Eintragungsakt selbst notwendigen Formalien ausgestattet.[3]

---

[1] Ebenso wie die Löschung in das pflichtmäßige Ermessen des Richters gestellt ist, muß auch die Eintragung seinem pflichtmäßigen Ermessen unterstehen.

[2] Diese Löschung steht, wie bereits erwähnt, in dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters. Hält er die Löschung trotz Vorliegens eines die Löschungsmöglichkeit begründenden Mangels für nicht am Platze, so ist es eben für den Rechtsverkehr von Vorteil, wenn die Vermutung der Richtigkeit der Eintragung fortbestehen bleibt; denn oft können durch die Löschung der Eintragung größere Werte vernichtet werden als durch das Fortbestehen der falschen Eintragung.

[3] So Ehrenberg a. a. O. S. 620 ff. und Staub 9. Aufl., Exk. zu § 8 Anm. 16 und 17.

Jeder, der eine Tatsache behauptet, braucht nur den Beweis zu erbringen, daß die Tatsache so im Handelsregister eingetragen ist; dem Gegner liegt es ob, die Unrichtigkeit der Eintragung zu beweisen.[1] Diese Wirkung steht also allen Eintragungen zu. Im übrigen hat man aber zu unterscheiden:

a) deklaratorische oder rechtsbekundende Wirkung; sie besteht außerdem nur noch in der öffentlichen Verlautbarung der eingetragenen Tatsache;
b) konstitutive oder rechtsbegründende Wirkung;
c) heilende Wirkung.[2]

Die konstitutive Wirkung ist keineswegs mit der heilenden Wirkung identisch, jedoch bestehen zwischen beiden Beziehungen, die ich im folgenden darzulegen versuchen will. Konstitutiv nennt man die Wirkung einer Eintragung dann, wenn das Gesetz die Eintragung zum Zustandekommen des Rechtsgebildes fordert. Solche Fälle sind z. B.: der Kaufmann kraft Eintragung gemäß §§ 2 und 3 HGB., die Eintragung einer Aktiengesellschaft, die nach § 200 HGB. nicht ohne Eintragung entstehen kann; dasselbe gilt von der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 III in Verb. mit § 200). Die Eintragung zeigt sich hier als eine Bedingung, ohne die die Entstehung des Rechtsgebildes nicht möglich ist. Sie ist eine conditio sine qua non;[3] sie ist aber nicht die einzige conditio, die zum Zustandekommen notwendig ist; denn nicht die Eintragung allein vermag das bezweckte Gebilde aus dem Boden zu stampfen, die anderen wesentlichen Voraussetzungen müssen ebenfalls erfüllt sein.

[1] Dieser letzte Satz erfährt jedoch durch das Gewohnheitsrecht (ich komme darauf zurück) unter Umständen eine Aenderung dahin, daß bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Vermutung durch den Gegenbeweis nicht mehr entkräftet werden kann. (s. Ehrenberg a. a. O. S. 644 ff., bes. 650 II.)

[2] Cosak, a. a. O. S. 36, spricht von rechtsbestärkender Wirkung. Da jedoch auch der rechtsbekundenden Wirkung die Kraft beizulegen ist, Vermutungen über die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache zu begründen, so glaube ich die rechtsbestärkende Wirkung für eine Unterabteilung der rechtsbekundenden ansehen zu müssen.

[3] Lehmann a. a. O. S. 148 Anm. 1: „Richtiger wäre zu formulieren, sie“ (die sogen. konstitutive Wirkung) „ist eine conditio sine qua non. Denn damit diese Wirkung eintritt, müssen auch die sonstigen wesentlichen Erfordernisse erfüllt sein.“

Zur Klarlegung will ich als Beispiel den § 2 HGB. heranziehen. § 2 erfordert zur Erlangung der Vollkaufmannseigenschaft

a) ein gewerbliches Unternehmen,

b) das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb benötigt,

c) Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister.

Liegen die Voraussetzungen unter a) und b) vor, so ist der Unternehmer damit allein noch nicht Kaufmann. Fehlt die Voraussetzung unter b), so ist nach § 2 der Unternehmer ebenfalls nicht Kaufmann, trotz der Eintragung. Beide Fälle weisen jedoch eine erhebliche Verschiedenheit auf. Während im ersten Falle von einer Kaufmannseigenschaft überhaupt nicht die Rede ist, gilt im zweiten Falle der Unternehmer für den Rechtsverkehr als Kaufmann. An der tatsächlichen Sachlage hat die Eintragung nichts geändert; das kann sie nicht, sie kann nicht aus einem in kleinem Umfange betriebenen Unternehmen ein solches machen, das kaufmännische Einrichtungen erfordert; doch hat sie einen „Rechtsschein" geschaffen. Darin liegt das Wesen der konstitutiven Eintragung, daß sie einen Rechtsschein[1] erzeugt, gleichgültig ob Mängel vorliegen oder nicht. Liegen keine Mängel vor, so stimmt der Rechtsschein (oder hier besser Rechtswiderschein)[2] mit dem tatsächlichen Sachverhalt überein, liegen Mängel vor, so schwebt der Rechtsschein in der Luft; aber er ist da. Weil aber die Wirkung nicht tatsächlich (nicht in Wahrheit) eintritt, sondern nur für den Rechtsverkehr, so nenne ich sie relativ konstitutiv. Diese relative Wirkung tritt auch ein, wenn die anderen Bedingungen nicht erfüllt sind; sie ist daher unbedingt. Wie weit freilich dieser auf jeden Fall erzeugte Rechtsschein einem Dritten entgegen gehalten werden kann, ist eine andere Frage.

Liegen keine Mängel vor, sind alle wesentlichen Voraussetzungen erfüllt, so kommt mit der Eintragung das Rechtsgebilde auch (tatsächlich) zur Entstehung. Es ist natürlich, daß damit auch der Rechtswiderschein[2], der Reflex, zur Entstehung gelangt. Die Wirkung ist in diesem

---

[1] Freilich nur im Falle, daß gleichzeitig relativ heilende Wirkung vorliegt (davon unten mehr); sonst erzeugt die konstitutive Eintragung sowie jede andere nur einen Rechtswiderschein, einen Reflex.

[2] So wie ein tatsächlich vorliegender Körper einen Widerschein, einen

Falle nach jeder Richtung konstitutiv; ich möchte sie als absolut konstitutiv bezeichnen. Weil aber diese absolute Wirkung nur eintritt, wenn die anderen Voraussetzungen schon erfüllt sind, so ist sie nur eine bedingte. Absolut unbedingt wäre die Wirkung, wenn trotz Vorliegens von Mängeln das gewollte Gebilde durch die Eintragung tatsächlich zur Entstehung gelangte. Ein solcher Fall würde vorliegen, wenn z. B. bei einer einzutragenden Aktiengesellschaft der Gesellschaftsvertrag nicht in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt worden ist. Nach meiner Ansicht (die ich später begründen werde) vermögen die Mängel des § 182 I die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nicht zu bewirken; demgemäß ist auch keine Generalversammlung zur Heilung möglich und notwendig.[1] Trotz des Mangels ist durch die Eintragung die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt und zwar als vollgültige Aktiengesellschaft. Der Mangel ist geheilt worden.

Hiermit komme ich auf die dritte Wirkung der Eintragung im Handelsregister zu sprechen: die heilende Wirkung. Die unbedingt konstitutive Wirkung ist mit einer spontanen Heilung der Mängel verbunden. Ist diese Wirkung nur relativ, so werden die Mängel ebenfalls nur relativ, nur für den Rechtsverkehr, ist sie absolut, so werden die Mängel auch tatsächlich, also ebenfalls absolut geheilt. Diese Heilung tritt spontan durch die Eintragung ein. Daß im übrigen konstitutiv und heilend nicht gleichbedeutend sind, geht aus folgendem Beispiel hervor: Sämtliche Voraussetzungen für die Eintragung einer Aktiengesellschaft sind erfüllt. Nach § 200 HGB. schafft die Eintragung konstitutiv die Aktiengesellschaft. Eine heilende Wirkung liegt natürlich nicht vor. Auch unbedingt konstitutiv ist nicht identisch mit heilend; die konstitutive Wirkung ist beabsichtigt, die heilende tritt unbeabsichtigt von selbst ein; sie geht neben der unbedingt konstitutiven Wirkung einher. Tritt sie aber nicht ein, so liegt eben auch keine unbedingt konstitutive Wirkung vor.

Reflex erzeugt, so erzeugt auch ein tatsächliches Rechtsgebilde einen Widerschein. Der bloße Schein eines Körpers liegt vor bei einer Spiegelung (z. B. Fata Morgana); der Schein eines Rechtsgebildes, wenn das Rechtsgebilde nicht tatsächlich besteht, aber dem Rechtsverkehr als bestehend vorgespiegelt wird.

[1] Ich komme darauf unter II, 2 zurück.

Welche Wirkung hat nun danach die Eintragung einer Aktiengesellschaft ins Handelsregister? Liegen Mängel nicht vor, so wirkt die Eintragung absolut bedingt konstitutiv. Liegen Mängel nach § 182 I vor, so wirkt sie hinsichtlich dieser Mängel absolut unbedingt konstitutiv. Liegen Mängel nach § 182 II vor, die also durch die Eintragung nicht geheilt werden, so wirkt die Eintragung nur relativ unbedingt konstitutiv. Tatsächlich kann in diesem Falle die Aktiengesellschaft gar nicht zur Entstehung gelangen. Die Mängel des § 182 II werden nicht geheilt; eine mit (wenigstens dem Gesetz nach) wesentlichen Mängeln behaftete „Aktiengesellschaft" ist keine Aktiengesellschaft. Liegen Mängel nach § 182 II vor, so ist die „Aktiengesellschaft" von Anfang an nichtig. Hiermit ist der vorsichtig gehaltene Text des § 200 Satz 1 gut in Einklang zu bringen, der nur besagt, daß vor der Eintragung in das Handelsregister die Aktiengesellschaft als solche nicht besteht, womit noch keineswegs gesagt ist, daß nach der Eintragung auf jeden Fall die Aktiengesellschaft als solche besteht. Das Gesetz hätte sich bestimmter ausgedrückt, wenn es die Aktiengesellschaft durch die Eintragung hätte zur Entstehung gelangen lassen wollen, etwa in positiver Form: Durch die Eintragung gelangt die Aktiengesellschaft als solche zur Entstehung. Anderer Ansicht sind Simonis[1] und Wulf[2]; sie lassen die Aktiengesellschaft durch die Eintragung mit ihren Mängeln tatsächlich zur Entstehung gelangen. Vermutlich tut das auch Cosack[3]. Meine oben angeführten Gründe sprechen auch gegen diese Ansicht. Im übrigen steht die Literatur hauptsächlich auf dem Standpunkt, daß durch die Eintragung die Aktiengesellschaft nicht tatsächlich zur Entstehung gelangt, sofern ihr wesentliche Mängel anhaften.[4]

---

[1] Dissertation Rostock 1901 S. 30.

[2] Dissertation Erlangen 1905 S. 35.

[3] Lehrbuch d. Handelsr. 7. Aufl. S. 714: „Eine Aktiengesellschaft liegt vor, wenn im Handelsregister irgend ein Unternehmen unter der Bezeichnung „Aktiengesellschaft" eingetragen ist (§ 200 I)."

[4] Denkschrift 1896 S. 168: „Daß eine AG. trotz der Eintragung in das Handelsregister nicht besteht, wenn im Gesellschaftsvertrag eine der vom Gesetz für wesentlich erklärten Bestimmungen fehlt, oder wenn eine solche Bestimmung ungültig ist, gilt schon jetzt als zweifellos".

Um zu ermessen, wie weit sich der durch Eintragung einer wesentlich mangelhaften „Aktiengesellschaft“ entstandene Rechtsschein erstreckt, ist es notwendig, einen Blick auf die Grundsätze der Publizitätswirkung und des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters zu werfen.

Nach § 15 I braucht ein Dritter, solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht

---

S. 169: „Das Urteil, durch welches die Gesellschaft für nichtig erklärt wird, hat nur deklaratorische Wirkung; der Standpunkt des Entwurfes ist nicht etwa der, daß die Gesellschaft bis dahin als AG. zu Recht bestünde. Diese Auffassung wird schon durch die Natur der Mängel, welche die Nichtigkeit begründen, ausgeschlossen.“

S. 170: „Das schließt aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als es sich um die Abwicklung ihrer Verhältnisse handelt, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit beigelegt wird.“

Lehmann a. a. O. S. 409 Ziffer 2: „Die Eintragung erzeugt die AG. nur dann, wenn ihre wesentlichen Voraussetzungen vorliegen.“

Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 12: „Allerdings besteht die Gesellschaft, wenn ihr ein wesentlicher Mangel anhaftet, nicht „zu Recht“ . . . Aber wenn sie auch nicht zu Recht besteht, so besteht sie doch. Sie besteht, aber nicht zu Recht. Sie ist als AG. entstanden, aber zu Unrecht.

Ich kann mich mit diesen Ausführungen nicht ganz einverstanden erklären. Möglicherweise ist das Richtige gemeint, doch die Ausdrucksweise unpassend. Wenn die „AG.“ mit einem wesentlichen Mangel behaftet ist, so besteht sie allerdings nach der Eintragung nicht zu Recht. Aber sie besteht nicht nur nicht zu Recht, sondern sie besteht überhaupt nicht. Es ist gar keine Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt. Es liegt nach wie vor eine Zeichnergesellschaft, eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht vor (hierüber siehe Takaki: Die Rechtsverhältnisse der AG. bis zu ihrer Eintragung, Heidelberg 1906); entstanden ist weder eine zu Recht bestehende, noch eine zu Unrecht bestehende Aktiengesellschaft; entstanden ist nur ein Rechtsschein, und zwar der Rechtsschein einer Aktiengesellschaft. Ich komme unter II, 1 noch einmal genauer hierauf zurück.

Ehrenberg a. a. O. S. 622/23: . . . „Auch bei Eintragungungen mit konstitutiver Wirkung besagt die Eintragung zwar, daß vorher das eingetragene Rechtsverhältnis nicht zur Entstehung gekommen war, hier ist also die Nichteintragung von materieller Bedeutung; aber trotz der Prüfungspflicht des Richters besagt die Eintragung hier ebensowenig wie bei anderen bloß deklaratorischen Eintragungen, daß das Rechtsverhältnis nachher wirklich zur Entstehung gekommen ist.“

ist, diese Tatsache nicht zu kennen; sie kann ihm von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie ihm bekannt war. Der Dritte braucht also, wofern eine einzutragende Tatsache vorliegt, die aber noch nicht eingetragen und bekannt gemacht ist[1], nicht zu fürchten, daß ihm sein Vertrauen auf das Nichtbestehen dieser Tatsache zum Nachteil gereichen kann. Anders natürlich, wenn er dieses Vertrauen nicht hat oder nicht haben kann, weil ihm das Vorliegen der Tatsache auch ohne Eintragung und Bekanntmachung bekannt ist. Hat z. B. ein Kaufmann die Prokura widerrufen, diesen Widerruf aber noch nicht eintragen lassen, so kann er dem Dritten, der mit dem ehemaligen Prokuristen nach dem Widerruf, aber vor erfolgter Bekanntmachung, Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, nicht entgegensetzen, daß die Prokura nicht mehr besteht; Voraussetzung ist natürlich, daß der Dritte nicht in anderer Weise Kenntnis von der Beendigung des Prokurenverhältnisses erlangt hat.

Es ist hier nicht der Platz, auf alle die einzelnen Tatsachen einzugehen, die als „einzutragende" anzusehen sind; nur folgende will ich hier streifen: Ist die Berichtigung des Handelsregisters eine im Sinne des § 15 „einzutragende Tatsache?" Sie ist es nicht für den Absatz 1 aus folgendem Grunde: Wird eine mangelhafte Tatsache im Handelsregister eingetragen, so erzeugt, wie oben gezeigt, die Eintragung nicht eine mangelfreie Tatsache; wohl aber erzeugt sie einen Rechtsschein der mangelfreien Tatsache unter relativer Heilung (d. h. Heilung für den Rechtsverkehr) der Mängel. Wenn aber die heilende Wirkung aufhört, wenn also die Berichtigung stattfinden muß und stattgefunden hat, erlischt auch der Rechtsschein. Dieser Rechtsschein ist es aber auch, der durch die Berichtigung beseitigt werden soll. Einen anderen Beweis bringt Ehrenberg (a. a. O. S. 268 Ziffer 2), indem er folgendermaßen sagt: „Wenn die Registerberichtigung eine „einzutragende Tatsache" auch für den § 15 I wäre, so könnte sich jeder Dritte auf die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache im Rahmen des § 15 I berufen. Er brauchte die Rechtswidrigkeit des Eintrags

[1] s. Ehrenberg a. a. O. S. 620: In einigen Fällen genügt schon die Eintragung allein zum Kennenmüssen.

nicht zu kennen bis zu dem Zeitpunkte, in dem dieser Eintrag berichtigt wäre, oder gar bis zur Bekanntmachung der Berichtigung. Aber nicht nur auf die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache, sondern sogar auf die Rechtswirksamkeit der Eintragung könnte er sich verlassen. Der Dritte könne an sich schon die Vermutung für die Richtigkeit der Eintragung in Anspruch nehmen und sich auf etwaige heilende Wirkung der Eintragung berufen. Wäre aber die Löschung eine einzutragende Tatsache, so könnte jeder gutgläubige Dritte die Nichtigkeit von sich abwehren mit der Begründung, daß er, da die Berichtigung eingetragen werden müsse, diese Berichtigungs-Bedürftigkeit nicht brauche gegen sich gelten zu lassen, solange die Berichtigung nicht eingetragen und bekannt gemacht sei. Auf diese Weise gelangte man dazu, der rechtswidrigen Eintragung öffentlichen Glauben beilegen zu müssen, nur deswegen, weil sie rechtswidrig ist."

Es ist offensichtlich, daß das gegen den Sinn des Gesetzes verstoßen würde.

Die Folge davon, daß die Berichtigung nicht eine einzutragende Tatsache ist, ist die, daß § 15 I auf die Fälle nicht anwendbar ist, in denen die eingetragene Tatsache eine nicht richtige oder nicht als richtig geltende war. Es könnte diesesfalls der Dritte, der auf Grund der falschen Eintragung Rechtsverbindlichkeiten eingegangen ist, sofern die Erfordernisse des § 119 BGB. vorliegen, wegen Irrtums anfechten. Hier greift aber ein allgemein anerkannter gewohnheitsrechtlicher Satz ein, der sich auch im Handelsgesetzbuch Geltung verschafft hat,[1] und der auch dem früheren Handelsrecht bekannt war: daß nämlich sich jeder gefallen lassen müsse, daß seiner in handelsüblicher Weise abgegebenen für die Oeffentlichkeit bestimmten Erklärung die Bedeutung beigelegt wird, die ihr nach Treu und Glauben beizulegen ist.[2] Als solche Erklärung gilt auch die Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister. Der gutgläubige Dritte kann also den Erklärenden

---

[1] § 25 III erkennt an, daß die in handelsüblicher Weise erfolgende Bekanntmachung ein besonderer Verpflichtungsgrund sei; § 172 II stellt die Eintragung einer in handelsüblicher Weise abgegebene Kundbarmachung gleich. (So Ehrenberg S. 645 Abs. 1).

[2] So Ehrenberg a. a. O. S. 645 ff.

beim Wort nehmen; er kann sich an den Erklärer halten, er braucht nicht anzufechten.

Von der positiven Publizität des Handelsregisters spricht man hinsichtlich des § 15 II: „Ist die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte." Die Kenntnis des Dritten wird hier vorausgesetzt. Behauptet er unverschuldetes Nichtkennen, so hat er zu beweisen. Wie schon oben erwähnt, dient dieser Absatz vorwiegend dem Schutz des Beteiligten;[1] aber für den Fall, daß dem Dritten der Beweis des unverschuldeten Nichtkennens gelingt, findet auch er einen Schutz in der Vorschrift: Er wird nicht mehr wie ein Wissender behandelt; und es kann ihm die Tatsache trotz ihrer Eintragung und Bekanntmachung nicht entgegen gehalten werden. Im Verhältnis zu Absatz 2 muß die Berichtigung des Handelsregisters also als einzutragende Tatsache angesehen werden; denn wenn ein Dritter sich schon eine unrichtige Eintragung (soweit die heilende Wirkung reicht) entgegenhalten lassen muß, so doch erst recht die Berichtigung.

Die Eintragungen selbst, die, wie oben erwähnt, allerdings Vermutungen begründen, genießen jedoch nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches in der Regel nicht öffentlichen Glauben. Mit Sicherheit kann sich niemand, auch nicht der Gutgläubige, auf die Eintragungen verlassen, wie das beim Grundbuch möglich ist. Doch durch den angeführten Gewohnheitssatz verbunden mit einem zweiten, der von jedem, der eine Eintragung hat vornehmen lassen, die Nachprüfung und eventuelle Berichtigung des Registers verlangt, gelangt man bezüglich des Handelsregisters hinsichtlich des öffentlichen Glaubens zu ähnlichen Resultaten wie bei dem Grundbuch.

Für unseren Fall liegen nun die Verhältnisse folgendermaßen: Die Aktiengesellschaft ist eingetragen. Da sie wesentlich mangelhaft ist, ist sie nichtig. Die Eintragung der Nichtigkeit ist eine Berichtigung des Handelsregisters; sie ist also eine einzutragende Tatsache im

---

[1] Als „Beteiligte" bezeichnet man diejenigen, in deren Angelegenheiten die Eintragung zu erfolgen hat, z. B. bei einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter, bei einer AG. sämtliche Mitglieder.

Sinne des § 15 I nicht. § 15 I findet somit keine Anwendung. An sich würde der erste gewohnheitsrechtliche Satz eingreifen, doch erübrigt sich dessen Anwendung, da das Gesetz im § 311 II bestimmt, daß die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt wird. Die Dritten erhalten also eine in jeder Beziehung sichere Stellung. Sie brauchen sich in keiner Weise um die Mängel der Aktiengesellschaft zu kümmern; mag die Aktiengesellschaft mangelhaft sein wie sie will, in Ansehung der Rechtsgeschäfte werden die Dritten geschützt; sie werden geschützt, selbst wenn sie bei Eingehung der Geschäfte bösgläubig waren; denn einen Unterschied zwischen Gut- und Bösgläubigen macht § 311 II nicht. Und das ist richtig so. Es kann nicht vom Dritten verlangt werden, daß er, bevor er mit der Gesellschaft in Beziehung tritt, langwierige Untersuchungen über ihre Mangellosigkeit anstellt, die ihn unter Umständen doch zu keinem richtigen Ergebnis führen, denn es ist eine heiß umstrittene Frage, in welchen Fällen Nichtigkeit der Aktiengesellschaft eintritt.

Aber wie steht es mit den Beteiligten, mit den Mitgliedern[1] der Aktiengesellschaft? Genießen auch diese einen Schutz gegen die Nichtigkeit. § 311 II schützt nur Dritte, und dasselbe gilt auch von dem gewohnheitsrechtlichen Satz. Die Mitglieder untereinander oder diese gegenüber dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat oder umgekehrt die Organe gegenüber den Mitgliedern, können sich auf die Eintragung nicht berufen.[2]

---

[1] Soweit die Aktionäre nicht als Mitglieder auftreten, können sie auch als Dritte in Betracht kommen (Lehmann a. a. O. S. 432).

[2] In der Tat stimmen auch die meisten Kommentar, welche Nichtigkeit von Anfang an annehmen, darin überein, daß sie streng unterscheiden zwischen Wirkung der Nichtigkeit nach innen und Wirkung der Nichtigkeit nach außen. Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 12: „Diese Organe sind geschaffen und bestehen, sie können sich auch nach außen betätigen. Aber sie bestehen zu Unrecht, und wenn auch der Dritte sich nicht entgegenzuhalten lassen braucht, daß sie zu Unrecht bestehen, so macht sich das doch nach innen geltend. Nach innen dürfen die Organe, obgleich sie bestehen, nicht tätig sein, und wenn sie es dennoch tun, so tun sie es zu Unrecht, und die Aktionäre können dies unbeachtet lassen. Die Aktionäre können, wenn die Organe sich gleichwohl betätigen, an sich dies als nicht geschehen betrachten, die Mitglieder

Die Folge davon ist eine zu geringe Wahrung der Interessen der Mitglieder. Zwar kann man einwenden, daß ein Schutz der Mitglieder darin enthalten sei, daß sie sich um nichts zu kümmern brauchen, und daß sie an nichts gebunden sind (so die herrschende Meinung).[1] Aber dieses Nichtgebundensein schützt doch nicht den Zweck, den die Mitglieder bei der Beteiligung an der Gesellschaft verfolgten. Im praktischen Leben haben die Aktienzeichner meist keine Ahnung, ob der Gesellschaftsvertrag der zu gründenden Aktiengesellschaft wirklich so abgefaßt ist, daß die Aktiengesellschaft später von Bestand sein wird; es wird ihnen ohne juristische Fachkenntnis auch kaum möglich sein, sich darüber zu informieren, zumal wenn man annimmt, daß auch noch andere Mängel als die Verletzung der in § 182 II aufgeführten Voraussetzungen die Nichtigkeit zu begründen imstande sind (wie das von der Mehrzahl der Schrifsteller[2] tatsächlich

---

können sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen und die Beschlüsse der Generalversammlung als unverbindlich behandeln, ohne sie besonders anfechten zu müssen, selbstverständlich unter Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen des § 10 HGB."

Denkschr. S. 169 ff.: „Der Standpunkt des Entwurfs ist nicht etwa der, daß die Gesellschaft bis dahin" (Nichtigkeitsurteil) „als AG. zu Recht bestände. Diese Auffassung wird schon durch die Natur der Mängel, welche die Nichtigkeit begründen, ausgeschlossen. Hieraus folgt insbesondere, daß die Mitglieder sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen . . . können."

Makower a. a. O. zu § 311: „Die Wirkung der Nichtigkeit bis zur Eintragung der Nichtigkeitserklärung": . . . „Der Dritte kann sich daher, auch wenn er nicht gutgläubig ist, auf die Wirksamkeit der vorgenommenen Rechtsgeschäfte berufen . . ."; nach innen: „im Verhältnis nach innen, zu den Aktionären als solchen, können beiderseits alle Nichtigkeitsgründe auch einredeweise geltend gemacht werden. Die Leistungen von Einlagen können verweigert werden" usw.

Ritter a. a. O. zu § 311: „die nichtige AG. gilt nach außen als gültig" . . . „nach innen als nichtig." Jeder Aktionär könne sich auf die Nichtigkeit berufen.

Ebenso Brand a. a. O. zu § 309, 4 a.

[1] Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 12; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 311 Nr. 3; Makower a. a. O. zu § 311, III a, 3; Brand a. a. O. zu § 309, 4 a; Ritter a. a. O. zu § 311, 2 b.

[2] Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 1—3; Brand zu § 309, 20; Ritter ebenda Nr. 5; gegen Makower ebenda Anm. 2—4; Lehmann-Ring ebenda Nr. 3.

angenommen wird). Der Aktienzeichner will aktienmäßige Anteile an dem Schicksale einer Aktiengesellschaft haben; darum beteiligt er sich nicht um sich nach beliebig kurzer Zeit ohne weiteres wieder von ihr zu trennen. Der Zweck, den die Aktionäre verfolgen, wird aber nicht geschützt, wenn die Nichtigkeit nach innen geltend gemacht werden kann. Das Mitglied kann von niemand anderem verlangen, daß er seine Pflicht erfülle; der sogenannte Vorstand ist niemandem verantwortlich; ebenso steht es mit dem Aufsichtsrat; der Vorstand braucht keine Bücher zu führen und braucht sich um die Geschäftsführung nicht zu kümmern; er kann den Betrieb ruhen lassen, er braucht keine Geschäfte abzuschließen. Schließt er aber welche ab, so sind sie Dritten gegenüber giltig (§ 311 II; § 311 wird von allen, die eine nach innen sich äußernde Nichtigkeit annehmen, auch für die Zeit vor der Eintragung der Nichtigkeit herangezogen). Dritten gegenüber wird die Gesellschaft verpflichtet, der Aktienzeichner aber muß bis zur Höhe seiner Aktie die Einzahlungen leisten, die zur Erfüllung dieser durch die Willkür des Vorstandes eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich sind (§ 311 III). Will er aber schließlich seine vermeintlichen Rechte in einer Generalversammlung geltend machen, so kann ihm entgegengehalten werden, daß eine Generalversammlung gar nicht zu Recht besteht, oder, wenn wirklich ein günstiger Beschluß gefaßt wird, daß die Beschlüsse der Generalversammlung unverbindlich sind.

Diese Rechtslage läßt hinsichtlich der Sicherheit viel zu wünschen übrig. Daß eine Aenderung dieser Verhältnisse, eine allseitige Sicherstellung, von Vorteil wäre, dürfte kaum bestritten werden. Es fragt sich nur, wie sie mit den bestehenden Vorschriften erzielt werden kann. Notwendig ist eine Vorschrift, die dem Beteiligten das Recht gibt, sich auf die Eintragung zu berufen. Eine solche Möglichkeit bietet § 5 HGB., der nicht nur den Beteiligten, sondern einem jeden, sowohl Gut- wie auch Bösgläubigen, die Möglichkeit der Berufung auf die Eintragung gibt. Zwar wird § 5 hauptsächlich als Schutzparagraph für Dritte angesehen, doch das ändert an der Möglichkeit, die Schutzvorschriften auch anderen zugute kommen zu lassen, nichts.

§ 5 HGB lautet:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegen-

über demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den in § 4, Abs. 1 bezeichneten Gewerben gehört."

§ 5 handelt von einem Gewerbetreibenden, der seine Firma in das Handelsregister hat eintragen lassen. Selbst wenn er nur ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt kein Handelsgewerbe betreibt, gilt er als Kaufmann ohne es wirklich zu sein. Es tritt also relative Heilung der Mängel durch die Eintragung der Firma ein. — In Betracht ziehen will ich nur den ersten Teil des Paragraphen bis zu den Worten „Handelsgewerbe sei". Auf den ersten Blick mag es scheinen, als ob auch dieser Teil für die Eintragung einer Aktiengesellschaft nicht herangezogen werden könne, da ja der § 5 fingiert, jedes unter der Firma betriebene Gewerbe sei ein Handelsgewerbe, während für eine Aktiengesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes, ja überhaupt eines Gewerbes [1] gar nicht nötig, § 5 also überflüssig sei. Doch verlege ich einmal das Gewicht des § 5 auf die Wirkung der Eintragung: obgleich die Voraussetzungen, die regelmäßig zur Eintragung der Firma vorliegen sollen, nicht vorliegen, wird durch die Eintragung die Fiktion geschaffen, daß, vorausgesetzt daß überhaupt ein Gewerbebetrieb vorhanden ist, die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien, und daß ein Kaufmann geschaffen worden sei, genau so als ob die erforderlichen Voraussetzungen tatsächlich vorgelegen hätten. Auf diese Weise erhalte ich folgenden Rechtssatz:

Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß die Voraussetzungen, unter denen regelmäßig nur eine Firmeneintragung geschehen soll, nicht vorgelegen haben, und daß infolgedessen ein Kaufmann nicht vorhanden sei.

In dieser Form ist der Satz einer erweiterten Anwendbarkeit fähig. Wende ich ihn auf die Vereine an, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Kaufmannseigenschaft beilegt, (§ 6 HGB.) so fällt die Klausel „vorausgesetzt, daß überhaupt ein Gewerbe betrieben wird", fort. Nur von solchen Handelsgesellschaften

---

[1] s. Staub 9. Aufl. zu § 210 Anm. 4.

soll im folgenden die Rede sein [1]. Ferner tritt dadurch eine formelle Aenderung ein, daß bei diesen Gesellschaften nicht nur die Firma, sondern die „Gesellschaft" eingetragen wird. Der Satz gestaltet sich für diese Fälle folgendermaßen:

> Ist eine Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß die Voraussetzungen, unter denen regelmäßig derartige Eintragungen nur erfolgen sollen, nicht vorgelegen und daß infolgedessen die bezweckte Gesellschaft nicht entstanden sei.[2] (§ 200 I HGB, § 11 I G. G m. b. H).

Dieser Satz wäre in der Lage, den Beteiligten die nötige Stütze zu bieten. Von diesem Standpunkt aus ist seine ausgedehnte Anwendung berechtigt Es fragt sich nur, ob die Ableitung eines solchen Satzes nicht gegen den Sinn des Gesetzes, das möglicherweise in dem § 5 nur eine Spezialvorschrift geben wollte und nicht ein allgemein anwendbares Prinzip, oder gegen seinen Wortlaut verstößt.

§ 6 I HGB. schreibt die Anwendbarkeit der in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auf die Handelsgesellschaften vor. Ausdrücklich ist § 5 nicht ausgeschlossen; wie wir sahen, ist eine ausgedehnte Anwendung des § 5 nicht unmöglich. Dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht die Anwendung des aus § 5 abgeleiteten Prinzips also nicht.

Aus welchem Grunde ist nun eigentlich die Vorschrift des § 5 gegeben? Aus demselbem Grunde scheint mir, aus dem § 311 II gegeben worden ist: nämlich Erhöhung der Verkehrssicherheit Der Dritte soll nicht gezwungen sein, erst Untersuchungen über die tatsächliche Kaufmannseigenschaft anzustellen; auch wenn er davon hört, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, so soll er doch in Anlehnung an die Eintragung ohne Schaden seine Geschäftsbeziehungen

---

[1] Für die offene Handesgesellschaft (OHG.) wird ohne dies allgemein in Geltung des § 5 angenommen (so Staub 9. Aufl. Exk. zu § 5 Anm. 1), ja nach § 123 eine noch weitergehende Wirkung im Sinne der Ausführung im Texte.

[2] Dieser letzte Halbsatz gilt für die Kommanditgesellschaft nicht, da sie schon zu einem früheren Zeitpunkt beginnen kann (§ 161 HGB. in Verb. mit § 123 HGB.; s. auch § 176 HGB.).

mit diesem möglicherweise nicht tatsächlichen Kaufmann fortsetzen können. Er kann sich also auf jeden Fall an den Scheinkaufmann halten, auch wenn er bösgläubig war. Den gleichen Schutz genießen durch § 311 II HGB. resp. § 77 II G. G m. b. H die Gläubiger der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Für den speziellen Fall des § 5, daß also ein Dritter mit einem Scheinkaufmann in Rechtsbeziehungen tritt, hat der § 5 ausdrücklich dem Scheinkaufmann selbst, dem „Beteiligten", als Gegengewicht gegen die Inanspruchnahme von seiten bösgläubiger Dritter das Recht verliehen, sich ebenfalls auf die Eintragung zu berufen. Wäre es unlogisch oder ungerechtfertigt, dieses Recht auch den Gesellschaften und ihren Angehörigen, den Beteiligten der Gesellschaft zu geben, die doch ebenfalls der Inanspruchnahme bösgläubiger Dritter ausgesetzt sind? Meines Erachtens nach nicht. Dieses Recht, das demjenigen zusteht, dem doch bei der Eintragung immerhin ein gewisses Verschulden zur Last fiel, soll auch den Beteiligten zustehen, von denen in vielen Fällen kaum verlangt werden kann, daß sie das Fehlen der erforderlichen Voraussetzungen kannten.

Im folgenden Abschnitt soll nun dargelegt werden, wie sich die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft im Lichte des § 5 äußert.

II.

Die Folgen der Nichtigkeit bis zur Eintragung der Nichtigkeit.

1. Die Rechtsstellung der Aktiengesellschaft.

Es wurde oben[1] dargelegt, daß die Aktiengesellschaft von Anfang an nichtig ist. „Von Anfang an" muß als von der Eintragung an angesehen werden. Die Bestimmung dieses Zeitpunktes ermangelt freilich nicht einer gewissen Willkür. Denn vor der Eintragung bestand eine Aktiengesellschaft nicht, und nach der Eintragung besteht eine solche nicht. Tatsächlich wird der Lauf des Nichtseins durch die Eintragung nicht unterbrochen. Für die Wahl gerade dieses Zeitpunktes spricht die Erwägung, daß in diesem Zeitpunkt für den Rechtsverkehr ein bedeutender Umschwung eintritt. Vor der Eintragung liegt auch für den Rechtsverkehr nur eine Personenvereinigung ohne Rechtsfähigkeit vor, vielleicht eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder ein nichtrechtsfähiger Verein nach § 54 BGB.[2] Nach der Eintragung jedoch liegt für den Rechtsverkehr eine Aktiengesellschaft vor. Dieser Rechtsschein erstreckt sich so weit, als das aus § 5 abgeleitete Prinzip das Recht der Berufung auf die Eintragung gibt. Dieses Recht steht aber nach § 5 den Beteiligten sowie auch Dritten zu. Der Rechtsschein erstreckt sich über die Beteiligten, d. h. nach innen, sowie über Dritte, d. h. nach außen.

---

[1] S. 8 ds. Abhandlung.
[2] s. RG. 58, 56.

Die Beteiligten können sich auf die Eintragung berufen; das hat die Wirkung, daß Mitglieder, Vorstand, Aufsichtsrat usw. gebunden sind, ihre Verpflichtungen nach innen gegenseitig zu erfüllen, soweit es von den Interessenten unter Berufung auf die Eintragung verlangt wird. Jedem kann, wofern er etwa seiner Pflicht nicht nachkommen will, die Eintragung entgegen gehalten werden. Die tatsächliche Rechtslage nach innen ist also die gleiche, wie wenn eine vollständig gültige, AG. vorläge; die mißlichen Zustände, die ohne das Recht der Beteiligten auf die Berufung Platz greifen, gelangen hier nicht zur Entstehung.

Nach außen ist die Rechtslage um nichts weniger gesichert. Dem Dritten steht nach § 5 ebenso das Recht zu, sich auf die Eintragung zu berufen. Ihm kann ebensowenig entgegengehalten werden, daß eine Aktiengesellschaft nicht bestände. Auch nach außen ist die Rechtslage dieselbe, als wenn die Aktiengesellschaft zu Recht bestände.

Auf einem anderen Wege kommen Simonis[1] und Wulf[2] zu dem Resultat, der AG. auch nach innen Sicherheit zu verleihen. Sie verwerfen die Theorie der deklaratorischen Wirkung der Nichtigkeitserklärung; sie schreiben ihre konstitutive Kraft zu. Es geht daraus hervor, daß sie der Eintragung der Aktiengesellschaft die Kraft zuschreiben, trotz Vorliegens wesentlicher Mängel die Aktiengesellschaft auch tatsächlich ins Leben zu rufen.[3] Sie sind der Ansicht, daß die Aktiengesellschaft nach der Eintragung auf jeden Fall zu Recht bestehe, nach innen sowohl als nach außen.[4]

Simonis hält diese Theorie für „äußerst praktisch“ da sie nach innen nicht unhaltbare Zustände gibt. Praktisch ist diese Theorie zweifellos; doch kann ich sie, was aus meinen obigen Ausführungen hervorgehen wird, nicht deswegen allein für anwendbar erklären. Eine „Aktiengesellschaft“, die einen wesentlichen Fehler, einen Wesensmangel

---

[1] a. a. O. S. 30.

[2] a. a. O. S. 35.

[3] Möglicherweise tut das auch Cosack; s. S. 8 Anm. 3 dieser Abhandlung.

[4] Simonis sagt (a. a. O. S. 30); „Eine trotz eines Mangels einer betreffenden Bestimmung im Statut eingetragene AG. bekommt mit der Eintragung Bestand. Sie ist nicht nichtig; sie lebt, wenn auch mit einem Fehler“ . . . „Bis zum Urteil besteht die Gesellschaft unangetastet“.

hat, ist keine Aktiengesellschaft. Zu der Sicherheit der Zustände komme ich mit meiner Theorie auch, ohne dabei das Bestehen einer Aktiengesellschaft trotz wesentlicher Mängel annehmen zu müssen.

Da nach meiner Ansicht durch Anwendung des § 5 die Schein-Aktiengesellschaft fiktiv nach innen und nach außen als wirkliche Aktiengesellschaft aufrecht erhalten wird, so kann der § 311 II von meinem Standpunkt aus nur für die Zeit nach der Eintragung der Nichtigkeit Bedeutung erlangen. Ich will im folgenden prüfen, ob hiergegen zwingende Gründe sprechen. Aus Stade's Ausführungen[1], die sich gegen die von Simonis und Wulf verteidigte konstitutive Wirkung des Nichtigkeitsurteils richten, geht hervor, daß er den § 311 II nur bis zum Zeitpunkt der Eintragung der Nichtigkeit oder der Löschung für anwendbar hält.

Nach meiner oben vertretenen Ansicht hat § 311 II auch für diese Zeit zwischen Nichtigkeitserklärung und Eintragung der Nichtigkeit keine Bedeutung. Denn § 5 und das davon abgeleitete Prinzip stützen sich nur auf die Eintragung selbst. Die Nichtigkeitserklärung hat gar keinen Einfluß auf die Frage der Rechtswirksamkeit. Wenn also Stade's Ansicht die richtige wäre, so käme für meine Konstruktion der § 311 Abs. II überhaupt nicht in Betracht; meine Theorie würde sich im Gegensatz zu dem Gesetz befinden. Aber Stade scheint mir die Bedeutung des § 311 Abs. II doch etwas zu gering zu schätzen. Selbst wenn die Nichtigkeit schon eingetragen ist, können Fälle eintreten, in denen sich die Partei der Liquidationsgesellschaft ohne § 311 II auf die Nichtigkeit berufen könnte. Allerdings ist der Zustand nach der Eintragung der Nichtigkeit durch § 311 I geregelt: Es tritt die Liquidation ein, die für den Fall der Auflösung Platz greift. Nun sagt § 297 HGB. „Die Liquida oren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft

---

[1] Stade, Diss. Leipzig 1908, S. 103 und 106. S. 103: „Daß sich der Abs. 2 § 311 etwa nur auf die ganz kurze Zeit zwischen der Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft durch Urteil und der Eintragung der Nichtigkeit in das Handelsregister beziehen soll, ist von der Hand zu weisen." . . .

S. 106: „Würde das Gesetz davon ausgehen, daß eine Verfügung, auch wenn sie ungerechtfertigt ist, dennoch zu Recht besteht, und erst die Aufhebung dieser Verfügung das zu ändern vermag, so wäre die Bestimmung des § 32 FGG. überflüssig, ebenso die des § 311 II HGB."

die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden . . .". Ohne § 311 II könnte den Gläubigern der Einwand entgegengehalten werden: eure Ansprüche bestehen, da sie aus Verpflichtungen eines nichtigen Gebildes entsprungen sind, gar nicht zu Recht. Jetzt hilft den Gläubigern eine Berufung auf die Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister, auf § 5, nichts mehr, denn die Eintragung im Handelsregister besteht gar nicht mehr; sie ist durch die Eintragung der Nichtigkeit oder durch den Löschungsvermerk aus der Welt geschafft. Noch weniger greift natürlich § 15 zu Gunsten des Gläubigers Platz. Hier hilft § 311 II: Die Wirksamkeit der auch im Namen der nichtigen Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte bleibt durch die Nichtigkeit, sowohl durch die noch nicht als durch die schon in die Erscheinung getretene Nichtigkeit unberührt. § 311 II behandelt den Fall, wie die vor der Eintragung der Nichtigkeit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nach der Eintragung beurteilt werden sollen.[1] [2]

Ueberflüssig wird also auch bei meiner Konstruktion der § 311 II nicht. Aus der Stellung des Absatzes innerhalb des Gesetzes könnte man sogar herleiten, daß das Gesetz mehr Anhaltspunkte für die Anwendung des Paragraphen nach der Eintragung der Nichtigkeit gäbe als für die Zeit vorher. § 309 enthält allgemeine Vorschriften über die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung wegen Mangelhaftigkeit. § 310 setzt den Fall voraus, daß ein Mangel dieser Art vorliegt und gibt an, wie er zu heilen ist. § 11 endlich handelt davon: was rechtens ist, wenn es auf Grund der Mängel und ohne ihre Heilung zur Nichtigkeitserklärung gekommen ist. Speziell über die Stellung des Absatzes II im § 311 läßt sich folgendes sagen: Absatz I behandelt den Fall der eingetragenen Nichtigkeit. Absatz III kann nach meiner Konstruktion auch nur für die Zeit nach der Eintragung der Nichtigkeit in Anwendung kommen; ebenso aber auch für die gegnerische Ansicht, die eine sich nach innen äußernde Nichtigkeit

---

[1] Ob er darüber hinausgehend noch weiter Anwendung finden kann, werde ich im folgenden behandeln.

[2] Ebenfalls Anwendbarkeit des § 311 II auch nach der Eintragung nehmen an Staub 9. Aufl. zu § 311 Anm. 4; Makower a. a. O. zu § 311, II b und a.

annimmt.[1] Es läßt sich dadurch ebenfalls die Ansicht stützen, daß auch § 311 II nur für diese Zeit in Anwendung komme. Aus dem Sinne des Gesetzes kann man in diesem Falle wenig entnehmen. Der Zweck des § 311 II ist der, den Dritten zu schützen, soweit es nötig ist, sobald die übrigen Vorschriften hierzu nicht ausreichen. Diese Notwendigkeit tritt aber nach der gegnerischen Theorie schon vor der Eintragung der Nichtigkeit ein. Darum halte ich es von ihrem Standpunkt aus für angebracht, den § 311 II auch für die Zeit vor der Nichtigkeit anzuwenden;[2] mit anderen Worten: Die oben ausgeführten Erwägungen, die Stellung des § 311 II betreffend, können zwar meine Konstruktion unterstützen, aber sie zwingen nicht dazu.

Ich komme zu dem Resultat:

Die eingetragene mangelhafte „Aktiengesellschaft" gilt für den Rechtsverkehr nach innen und nach außen als wirkliche Aktiengesellschaft.

Einige Folgen hat die tatsächliche Nichtigkeit, die Mangelhaftigkeit der Aktiengesellschaft aber doch, Folgen, die auf dem tatsächlichen Unterschied zwischen der Schein-Aktiengesellschaft und der wirklichen Aktiengesellschaft beruhen. Das sind:

die Möglichkeit zur Heilung der Mängel,
die Möglichkeit des Antrages auf Nichtigkeit,
die Möglichkeit der Löschung.

2. Die Heilung der Mängel.

Zwei Hauptfragen sind hier zu beantworten:

a) Welche Mängel können geheilt werden?

---

[1] Allerdings ist das bestritten; wie hier Staub 6./7. Aufl. zu § 311, Anm. 5; Makower 1906 zu § 311, I a und II c: „Der Absatz III ist wohl dahin auszulegen, daß für ihn die Eintragung der Nichtigkeit Voraussetzung ist. Vor der Eintragung der Nichtigkeit kann die Leistung von Einlagen unbedingt verweigert werden;" a. A. Staub 9. Aufl zu § 311, Anm. 5.

Lehmann-Ring zu § 311, Nr. 5. Da die Beantwortung der Frage für meine Konstruktion ohne Bedeutung ist, so gehe ich nicht näher auf sie ein.

[2] Wie das von Staub-Pinner und Lehmann-Ring tatsächlich getan wird. (s. S. 23 ds. Abhandlung, Anm. 1.)

Mit dieser Frage gleichzeitig werde ich die Frage beantworten, wie sich die Heilung vollzieht.

b) Welche Wirkung hat die Heilung der Mängel?

---

a) Welche Mängel können geheilt werden?

Nach § 310 Satz 1 sind heilbar die Mängel des § 182 II Ziffer 1, 2, 4, 5, 6. Demnach sind nicht heilbar: § 182 II Ziffer 3: die Mängel betreffend die Höhe des Grundkapitals und die Höhe der einzelnen Aktien. Ist die „Aktiengesellschaft" mit einem Mangel dieser Art behaftet, so kann sie nicht gesunden, auch nicht durch die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Aenderung oder Ergänzung des Statuts. Für diesen Fall ist Neugründung notwendig. Diese Vorschrift ist wiederum zur Sicherung des Verkehrs getroffen. Bei den Einzelkaufleuten, § 29 HGB., (hierzu muß auch die sogenannte stille Gesellschaft gerechnet werden) und der dem Einzelkaufmann nahestehenden offenen Handelsgesellschaft, § 106 HGB., wird die Angabe und Eintragung des nötigenfalls haftenden Kapitals nicht verlangt. Sie ist hier nicht so unbedingt notwendig, einmal, weil nicht ein bestimmtes Kapital, sondern das ganze Vermögen dieser Personen haften soll, und sodann weil Erkundigungen über die Vermögensverhältnisse des Kaufmanns resp. der offenen Handelsgesellschafter auf andere Weise als durch das Handelsregister nicht allzu schwierig sind. Ein weiterer Grund wurde oben angeführt:[1] Das Handelsregister bezweckt neben dem Schutz des Dritten auch den Schutz des Kaufmanns. Nicht jedem brauchen die Vermögensverhältnisse des Kaufmanns offenbart zu werden. Wo aber die Verkehrssicherheit auf andere Weise nicht zu wahren ist, da stellt das Gesetz die Interessen des Kaufmanns hintan. Bei den Gesellschaften dürfte eine sichere Auskunft über ihre Vermögenslage kaum auf andere Weise als durch das Handelsregister zu erlangen sein. Dem Dritten kann aber nicht zugemutet werden, daß er mit einer Gesellschaft in Verbindung tritt, über deren Vermögensverhältnisse Dunkelheit herrscht. Hier verlangt der Verkehr

[1] s. S. 2—3 dieser Abhandlung.

Sicherheitsmaßregeln, und das Gesetz wird diesem Verlangen gerecht: Es bestimmt die Angabe der Höhe des Grundkapitals im Gesellschaftsvertrag und die Angabe bei der Eintragung.[1] Bei der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei denen der Charakter als Kapitalgesellschaft am stärksten ausgeprägt ist, ist eine Heilung des Mangels nicht möglich.[2 3] Wäre die Heilung möglich, so könnte, nachdem mit Dritten umfangreiche Verbindlichkeiten eingegangen sind, das Gesellschaftskapital auf das geringste, gesetzlich zulässige Maß festgesetzt werden. Die zur Sicherung des Verkehrs gegebenen Vorschriften wären auf diese Weise ihrer Bedeutung entkleidet.[4]

Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist die Ansicht Makowers[5] zu verwerfen, der eine Heilung der Mängel aus § 182 II Ziffer 3 zuläßt. Er will die Vorschriften des § 310 nur über die Art der Vollziehung der Heilung nicht in Anwendung bringen; stattdessen nimmt er Heilungsmöglichkeit durch Nachholung des Versäumten an. Diese Ansicht hätte nicht nur schlimme Folgen für die Verkehrssicherheit,

---

[1] Für die Kommanditgesellschaft (KG.) s. § 162 I (für die Komplementare gilt das von den offenen Handelsgesellschaften Gesagte). Bei dieser Gesellschaft ist allerdings die Nennung der Höhe des Grundkapitals im Gesellschaftsvertrage nicht erforderlich, da der Vertrag formlos geschlossen werden kann, § 162 II i. V. mit § 105.

Für die AG. s. § 182 II Z. 3 und § 198, für die KG. a. A. s. § 322 I i. V. mit § 182 II Z. 3 und § 198, für die G. m. b. H. s. G. G. m. b. H. § 3 I i. V. mit § 8 I Z. 1 und § 10 I.

[2] Für die AG. s. § 310 Satz 1, für die KG. aA. s. § 320 III i. V. mit § 310 Satz 1, für die G. m. b. H. s. G. G. m. b. H. § 76.

[3] Man kann selbstverständlich nicht sagen, § 182 II Ziffer 3 sei deswegen im § 310 nicht erwähnt, weil eine Heilung nicht notwendig ist, weil sie etwa durch die Eintragung schon erfolgt sei. Die oben dargestellten Folgen beweisen zur Genüge, daß das nicht der Wille des Gesetzes sein kann.

[4] Ebenso Denkschr. 1896 S. 196 unten mit der Begründung: „denn die im öffentlichen Interesse getroffenen Vorschriften über die Gründung der Gesellschaft dürfen auf diesem Wege nicht umgangen werden". (Es ist hier die Rede von der AG.).

[5] Makower a. a. O. zu § 310 I.

sie widerspricht auch dem Wortlaut des § 310, der, alle Mängel aus § 182 II aufzählend, gerade die Mängel aus § 182 II Ziffer 3 übergeht.[1]

Es ist ausdrücklich Angabe der Höhe des Grundkapitals erforderlich; es genügt nicht, daß sie sich aus den Umständen, z. B. aus der Höhe und Anzahl der einzelnen Aktien ergibt.[2] Ebenso ist die ausdrückliche Angabe der Höhe der Aktienbeträge notwendig: Denn die beiderseitige Uebereinstimmung der Summen soll zur Kontrolle dienen.

Die übrigen Mängel des § 182 II sind also heilbar und zwar durch Beschluß der Generalversammlung gemäß den § 274 ff.

Durch das Gesetz wird die Frage nicht behandelt, ob und wie andere Mängel geheilt werden können. Zunächst wende ich mich den Mängeln aus § 182 I zu. Wegen der genauen einzelnen Aufzählung der als heilbar bezeichneten Mängel im § 310 halte ich diesen Paragraphen auf die Mängel des § 182 I nicht für ausdehnungsfähig. Aus dem Schweigen des Gesetzes könnte man zweierlei herauslesen: einmal, daß eine Heilung nicht möglich ist (denn sonst hätte das Gesetz die Mängel des § 182 I im § 310 mit aufgezählt), dann, daß das Gesetz die Mängel des § 182 I für nicht wesentlich hält und sie durch die Eintragung heilt oder wenigstens als geheilt gelten läßt. Folgt man der ersteren Ansicht, so stellt man die Mängel des § 182 I dem wesentlichsten Mangel des § 182 II Ziffer 3 dem Mangel betreffend die Höhe des Grundkapitals, in der Bedeutung gleich, für den eine Heilung ausgeschlossen ist. Diese Gleichstellung könnte aber nur dann gerechtfertigt werden, wenn die Mängel des § 182 I oder deren Heilung ebenso unheilvolle Folgen zeitigten, wie die Mängel oder die Heilung der Mängel betreffend die Höhe des Grundkapitals. Betrachten wir sie uns daraufhin: Wird der Inhalt des Gesellschaftsvertrages z. B. nur von drei Personen oder nicht in gerichtlicher oder notarieller Ver-

---

[1] So Staub 9. Aufl. zu § 310 Anm. 1; Lehmann-Ring ebenda Nr. 1; Brand ebenda Nr. 1; Ritter zu § 310.

[2] A. A. Staub 9. Aufl. zu § 310 Anm. 1: „Indessen kann selbstverständlich die Ziffer des Grundkapitals sich aus den sonstigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit ergeben, und dann ist dem Erfordernisse genügt."

Wie oben: Litthauer-Mosse (Guttentag) 1911 zu § 182 Anm. 11 und Entsch. in Angelegenheiten FGG. usw. zusammengestellt im Reichsjustizamte 9 S. 189.

handlung festgelegt, oder übernehmen die Gründer keine Aktien,[1] ist dagegen die Höhe des Grundkapitals im Gesellschaftsvertrage bestimmt, und liegen auch sonst sämtliche Erfordernisse zur Entstehung einer Aktiengesellschaft vor, so wird eine wirtschaftliche Schädigung des Dritten, wie sie die Mängel aus § 182 II Ziffer 3 mit sich bringen, nicht statthaben. Sie würde aber — anders als bei der Heilungsmöglichkeit der Mängel aus § 182 II Ziffer 3 — auch nicht erfolgen, wenn nachträglich die Mängel geheilt werden könnten. Der Rechtsverkehr wird durch die Mängel aus § 182 I nicht in der Weise gefährdet wie durch die Mängel aus § 182 II Ziffer 3; er würde auch durch Heilungsmöglichkeit derselben nicht berührt. Die Mängel des § 182 I sind also weder so wesentlicher Natur als die aus § 182 II Ziffer 3, noch würde ihre Heilung so unheilvolle Folgen haben. Kein Grund rechtfertigt demnach dem Ausschluß der Heilungsmöglichkeit für die Mängel des § 182 I Satz 1. Dasselbe gilt von den Mängeln des § 182 I Satz 2. Die Aktiengesellschaft ist eben vorwiegend eine Kapitalgesellschaft; darum ist es von größter Wichtigkeit, daß die Höhe des Kapitals ordnungsmäßig angegeben wird; darum ist es von geringerer Bedeutung, wenn der Gesellschaftsvertrag z B. nur von drei Mitgliedern oder in einfacher Verhandlung festgestellt wurde.

Die Frage der Heilung der Mängel steht im engen Zusammenhang mit der der Nichtigkeitsklage. § 309 läßt die Nichtigkeitsklage nur wegen der Mängel aus § 182 II zu; die Mängel des § 182 I werden nicht erwähnt. Diese vermögen also die Klage nicht zu begründen.[2] Der Grund kann nur der sein, daß sie zu unwesentlich sind, um das Entstehen und Weiterbestehen der Aktiengesellschaft zu gefährden.

Die Bedürfnisse des Verkehrsschutzes sowie das Gesetz erfordern also eine Unheilbarkeit der Mängel aus § 182 I nicht. Die Ansicht, daß die Heilung der Mängel aus § 182 I *nicht möglich* sei, ist also zu verwerfen.

---

[1] Zur Simultangründung ist freilich nach § 188 Uebernahme der Aktien durch die Gründer erforderlich (ich komme hierauf noch bei der Besprechung der Mängel des Gründungsherganges zurück); das oben angeführte Beispiel bezieht sich infolgedessen nur auf Successivgründungen.

[2] Hierauf werde ich bei der Besprechung der Nichtigkeitsklage II. 3 näher eingehen.

Wie vollzieht sich nun die Heilung der Mängel des § 182 I? Die Aktiengesellschaft gelangt trotz Vorliegens dieser Mängel durch die Eintragung endgültig zur Entstehung, vorausgesetzt, daß die sonstigen Erfordernisse erfüllt sind. Es ist wegen dieser Mängel nicht die Nichtigkeitsklage gegeben, sie berühren die Sicherheit des Bestandes der Aktiengesellschaft nicht Es ist nicht etwa erforderlich, daß die Feststellung des Gesellschaftsvertrages in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung, oder daß sie von fünf Personen nachgeholt wird. Es ist nicht einmal notwendig, daß diese fünf Personen Aktien übernehmen. Durch die Eintragung hören die Mängel dieser Erfordernisse, bei deren Vorliegen der Richter die Eintragung verweigern sollte, auf, die Gesellschaft gefährdende Mängel zu sein. Man kann sagen, sie werden geheilt, oder richtiger: das Gesetz läßt sie als geheilt gelten: aber diesmal nicht nur für den Rechtsverkehr, sondern für die gesamte Rechtslage. Die Eintragung wirkt also hinsichtlich dieser Mängel absolut unbedingt konstitutiv; mit dieser Wirkung ist eine absolut heilende Wirkung verbunden.

Durch die Eintragung wird die wirkliche Heilung unnötig, aber nicht unmöglich gemacht. Zwar hat sie, wie wir sahen, auf den Bestand der Aktiengesellschaft keinerlei Einfluß; es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Gründer nicht nachträglich sollen Aktien übernehmen können. Wenn eine wirkliche Heilung dieser Mängel erfolgen soll, so ist sie an eine Form nicht gebunden; denn wenn schon die Heilung selbst unnötig ist, so doch erst recht die Beobachtung einer Form bei der Heilung.

§ 182 führt nicht alle Mängel auf, die dem Gesellschaftsvertrage anhaften können. Dieser kann noch weitere materielle Mängel enthalten. Zum Beispiel kann im Vertrage bestimmt sein, daß einzelne Gesellschafter unbeschränkt haften, oder daß von der Einlage feste Zinsen gezahlt werden. Das sind Bestimmungen, die dem innersten Wesen der Aktiengesellschaft widersprechen, von denen man annehmen könnte, daß sie imstande wären, die Existenz der Aktiengesellschaft in Frage zu stellen. Auch für diesen Fall ist § 309 heranzuziehen. § 309 regelt die Nichtigkeitsklage wegen der Mängel des Gesellschaftsvertrages erschöpfend[1]. Wegen weiterer materieller Mängel ist

[1] Begründung siehe unter II. 3 dieser Abhandlung.

eine Klage nicht zulässig[1]. Es ist auch nicht anzunehmen, daß das Gesetz diese Mängel deswegen im § 309 nicht aufgenommen habe, weil sie etwa eine Nichtigkeit begründen, die die Klage überflüssig macht. Das ist undenkbar, denn auch in diesem Falle besteht die Eintragung mit ihrer Rechtsschein erzeugenden Wirkung; und diese Eintragung mit ihrer Wirkung muß zerstört werden, und das ist ja nur möglich durch Löschung oder Eintragung der Nichtigkeit auf Grund eines Urteils. Die Klage auf Nichtigkeit ist also wegen weiterer materieller Mängel nicht möglich. Die Klage auf Nichtigkeit ist nur möglich (das Urteil wirkt ex nunc, wie unter II 3 gezeigt werden wird), wenn die Aktiengesellschaft tatsächlich nichtig ist. Dann aber ist sie immer zulässig; oder sollte etwa die Aktiengesellschaft in besonderen Fällen trotz tatsächlicher Nichtigkeit unanfechtbar fortbestehen? Das ist nicht anzunehmen. Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage sind einander accessorisch. Liegt die Möglichkeit zur Nichtigkeitsklage nicht vor, so liegt auch keine nichtige Aktiengesellschaft vor, so liegen auch keine Mängel vor, die die Nichtigkeit zu begründen imstande sind.

Weitere Mängel des Gesellschaftsvertrages stören den Bestand der Aktiengesellschaft selbst nicht. Andererseits ist es nicht möglich, daß Abmachungen, wie z. B. das Zinsversprechen oder die unbeschränkte Haftung Einzelner Gültigkeit für die Aktiengesellschaft behalten könne. Es bleibt nichts übrig, als diese Bestimmungen selbst nichtig sein zu lassen. Allerdings würde dann nach § 139 BGB. der ganze Gesellschaftsvertrag (und somit die Aktiengesellschaft selbst) nichtig sein, sofern nicht anzunehmen ist, daß die Parteien auch ohne den nichtigen Teil den Vertrag geschlossen hätten Doch sind in den §§ 309 und 182 II Spezialvorschriften zu sehen, nach denen der Gesellschaftsvertrag nach der Eintragung nur nichtig ist, wenn die in § 182 II aufgeführten wesentlichen Bestimmungen fehlen oder nichtig sind.

Die Nichtigkeit der Abmachungen bedeutet die Befreiung des Gesellschaftsvertrages von Mängeln, bedeutet die Heilung des Vertrages; sie tritt ein in demselben Moment, in dem die Aktiengellschaft zur Entstehung gelangt, also mit der Eintragung. Mit der Eintragung

[1] So auch Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 3.

gelten diese dem Wesen der Aktiengesellschaft widersprechenden Abmachungen als nicht geschrieben, ihre verbindliche Kraft entfällt. Eine Gefahr für Beteiligte wird sich dadurch in praxi kaum ergeben; denn soweit ist wohl jeder, der sich an einer Aktiengesellschaft beteiligen will, mit ihrem Wesen vertraut, daß er weiß, daß eine Aktiengesellschaft z. B. keine festen Zinsen zahlt, oder daß alle gleichmäßig limitiert haften. Weiß er es aber nicht, so wird er sich überhaupt nicht recht im klaren sein, was er mit der Beteiligung an der Aktiengesellschaft tut. Er beteiligt sich eben, um sich zu beteiligen, und es ist fast anzunehmen, daß seine Zustimmung zur Aufrechterhaltung des Vertrages auch nach Wegfall des nichtigen Teiles zu präsumieren sei[1]. Für einen Dritten kann die selbsttätige Heilung der erwähnten Mängel nicht von Nachteil sein.

Bisher war die Rede von formellen und materiellen Mängeln des Gesellschaftsvertrages; es bleiben noch die Mängel zu betrachten, die durch Nichtbeobachtung der für die Gründung selbst vorgeschriebenen Form entstehen.

In Betracht kommen:

I. für die Simultangründung

a) soweit die Aktienübernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages erfolgte, das Fehlen oder die Nichtigkeit der besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung zur Uebernahme der Aktien (§ 188 HGB.);

---

[1] Ebenfalls nehmen Nichtigkeit weiterer materieller Bestimmungen an: Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 3; Ritter a. a. O. zu § 309. A. A. Pinner 1899 zu § 309 II; Stade a. a. O. S. 50 ff., die den ganzen Gesellschaftsvertrag nichtig sein lassen.

Zwar nimmt Staub a. a. O. Nichtigkeit der betreffenden Bestimmungen an, doch scheint er sich nicht klar zu machen, daß diese Nichtigkeit durch die Eintragung eintritt, und daß sie hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages Heilung bedeutet; denn Staub schreibt (a. a. O. Anm. 2 Abs. 3): . . . „Nur dann käme man zu diesem Ergebnis, wenn man den allgemeinen Satz aufstellte, daß Eintragung die Mängel heilt. Ein solcher Rechtsgrundsatz besteht aber nicht.“ Das ist in dieser uneingeschränkten Weise nicht richtig. Allerdings heilt die Eintragung nicht jeden Mangel, worauf zu Anfang dieses Titels hingewiesen wurde.

Ferner Mängel betreffend:

b) die Bestellung des ersten Aufsichtsrates in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung. Die Wahl des Vorstands [1];
c) die Einzahlung von mindestens 25 % der Einlage (§ 195 III);
d) die Prüfung des Gründungsherganges durch Vorstand und Aufsichtsrat, evtl. unter Zuziehung von 2 Revisoren;
e) evtl. Einholung der staatlichen Genehmigung;
f) Anmeldung der Gesellschaft durch sämtliche Gründer, Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates.

II. für die Successivgründung:

a) die schriftliche Zeichnung der übrigen Aktien (§ 189 I und II) [2] und Anfertigung von Duplikaten der Zeichnungsscheine, die der Anmeldung beizufügen sind;
b) Einberufung einer Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrats und evtl. Wahl des ersten Vorstandes (§ 190 II und III);
c) Einzahlung von mindestens 25 % der Einlage (§ 195 III);
d) Prüfung des Gründungsherganges;
e) evtl. Einholung der staatlichen Genehmigung;
f) Anmeldung der Gesellschaft (wie unter I);
g) Abhaltung der konstituierenden Generalversammlung. (§ 196).

Für beide Gründungsarten ist ferner wesentlich, daß die Anmeldung nicht etwa von Personen ausgeht, die sich fälschlich als zur Anmeldung befugt bezeichnen [3]. Weiterhin muß die Eintragung gemäß den Vorschriften des § 198 vollzogen werden

Wie ist nun die Rechtslage, wenn diese Formvorschriften nicht erfüllt sind, wenn also der Gründungshergang mangelhaft war? Das

---

[1]) s. Cosack a. a. O. S. 716, Ziffer 3.

[2] Die Zeichnungsscheine haben bezüglich ihres Inhaltes den Anforderungen des § 189 III Ziffer 1—4 zu genügen. Ist das nicht der Fall, so sind sie nichtig. Uebt der Zeichner jedoch Aktionärrechte aus, und wird die Gesellschaft später als AG. eingetragen, so gesundet hierdurch der Zeichnungsschein (§ 189 IV).

[3] s. Staub zu § 309 Anm. 3.

Handelsgesetzbuch äußert sich hierzu nicht; es kommen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Anwendung.

Nach § 125 BGB. ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Hiernach könnte die Aktiengesellschaft nicht zur Entstehung gelangen. Allerdings kennt das Bürgerliche Gesetzbuch Heilungsmöglichkeiten; so wird z. B. der Mangel gerichtlicher oder notarieller Beurkundung beim Schenkungsversprechen durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518 BGB.). Durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit seitens des Bürgen wird der Mangel der schriftlichen Form beim Bürgschaftsvertrag geheilt, § 766 BGB. Die Nichtigkeit der Immobiliarveräußerungsverträge entfällt durch Auflassung und Eintragung. (§ 313 BGB.). Aus den ausdrücklichen Bestimmungen geht hervor, daß das bürgerliche Recht die Heilung nicht für selbstverständlich hält, und daß die Heilung auf die ausdrücklich aufgeführten Fälle beschränkt sein soll. Eine analoge Anwendung ist also nicht gestattet. Eine Bestimmung, daß die Aktiengesellschaft trotz Nichtbeachtung der Gründungsformvorschriften, etwa durch die Eintragung, tatsächlich zur Entstehung gelangen soll, findet sich nicht im Gesetz. § 200 HGB. bietet keine gesetzliche Heilung dar; § 200 sagt nur, daß vor der Eintragung die Aktiengesellschaft als solche nicht bestand, aber nicht, daß sie auf jeden Fall nach der Eintragung besteht.[1] [2]

Weil also das Gesetz keine ausdrückliche Heilungsvorschrift gibt, ist in diesem Falle eine spontane Heilung nicht möglich. Wird die Gesellschaft trotz dieser Mängel eingetragen, so wird nur für den Rechtsverkehr eine Aktiengesellschaft erzeugt, nicht aber tatsächlich. Da die Aktiengesellschaft nichtig ist, so ist auch in jedem Falle die Nichtigkeitsklage gegeben. Das ist allerdings ein unerfreuliches Ergebnis; es wird jedoch durch die Heilungsmöglichkeit dieser Mängel gemildert.

Eine spontane Heilung findet, wie bereits erwähnt, nicht statt. Sollte aber deshalb eine Heilung überhaupt unmöglich sein? Eine da-

---

[1] So auch schon oben S. 8.

[2] § 309 HGB. beschäftigt sich nur mit der Nichtigkeitsklage wegen der Mängel des Gesellschaftsvertrages. Hinsichtlich der Mängel des Gründungsherganges ist aus § 309 also nichts abzuleiten.

rauf hinweisende Bestimmung, ähnlich der des § 310 Satz 1 hinsichtlich des Mangels aus § 182 II Ziff. 3, findet sich nicht. Es steht also nichts im Wege, eine Heilung zuzulassen. Ebenso fehlen besondere Vorschriften über die Art der Heilung dieser Mängel. Die Vorschriften des § 130 beziehen sich nur auf die Aenderung des Gesellschaftsvertrages. Wird der Tatbestand des Gesellschaftsvertrages geändert, so hat diese Aenderung eine weitgehende Bedeutung für Beteiligte und Dritte, denn der Gesellschaftsvertrag ist die Grundlage für die Lebensäußerung der Aktiengesellschaft. Darum schreibt das Gesetz für diese Fälle Generalversammlungsbeschluß vor. Die Heilung der außer Acht gelassenen Gründungsformvorschriften hat im wesentlichen[1] nur die Bedeutung, daß wegen dieses Mangels die Nichtigkeitsklage nicht mehr erfolgen kann; aber keine wirtschaftliche Bedeutung. Darum ist ein Generalversammlungsbeschluß zur Heilung als überflüssig zu erachten. Als gangbarer Weg bleibt einfach die Wiederholung des betreffenden Aktes unter Beobachtung der vorgeschriebenen Formvorschriften übrig. Auf diese Weise sind sämtliche Formvorschriften dieser Art heilbar. Die Prüfung des Gründungsherganges scheint allerdings ihren Zweck verfehlt zu haben, wenn sie erst nachträglich erfolgt, da sie die Eintragung einer mangelhaften „Aktiengesellschaft" verhindern soll; gänzlich zwecklos wird sie jedoch auch nach der Eintragung nicht, denn sie kann zur Entdeckung weiterer Mängel führen, die ihrerseits, wofern sie nicht geheilt werden, die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft begründen können.

Findet eine Nachholung des Aktes unter Beobachtung der Formvorschriften nicht statt, so erfolgt keine Heilung; hier ist also die Nachholung wesentlich.

Der Umstand, daß die Aktiengesellschaft durch Heilung einer die Nichtigkeit begründenden Bestimmung, durch Fortfall einer Klagemöglichkeit sichergestellt worden ist, genügt, die Kundbarmachung dieser Heilung, die Eintragung, zu rechtfertigen. Der im Handels-

---

[1] Im letzten Teil (IV) dieser Abhandlung werde ich zeigen, daß die Nichtigkeit trotz § 311 II und § 5 HGB. nachteilig für Dritte und Beteiligte wirken kann, wenn auch in geringem Maße. Insofern hat die Heilung der Nichtigkeit eine weitere als die oben angegebene Bedeutung.

register analog § 310 i. V. mit § 277 eingetragene Heilungsvermerk sagt jedem: wegen dieses derzeitigen Mangels ist jetzt eine Klage nicht mehr möglich.

Das Resultat ist folgendes:

die Heilung ist möglich

a) hinsichtlich des § 182 II Ziff. 1, 2, 4, 5, 6 durch Generalversammlungsbeschluß und Eintragung des Heilungsvermerkes;

b) hinsichtlich weiterer materieller Mängel des Gesellschaftsvertrages durch Eintragung der Aktiengesellschaft;

c) hinsichtlich der Mängel des § 182 I durch Eintragung der AG.;

d) hinsichtlich der aus Nichtbeobachtung der Gründungsvorschriften herrührenden Mängel durch Nachholung des betreffenden Aktes unter Einhaltung der Form und Eintragung eines Heilungsvermerkes.

Die Heilung der Mängel durch Generalversammlungsbeschluß ist im folgenden noch näher zu besprechen:

Notwendig zur Heilung ist (wenn nichts anderes bestimmt) Dreiviertelmehrheit (§ 275 I, des vertretenen Grundkapitals. Die Heilung ist möglich bis zur Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils oder bis zur Löschung (kaum bestritten).[1] Die Frist von der Benachrichtigung der beabsichtigten Löschung bis zur Löschung soll mindestens drei Monate betragen (§ 144 III FGG. i. V. mit § 142 II FGG.). Rießer[2] hält eine Löschung scheinbar erst für möglich nach Erhebung der Nichtigkeitsklage: „denn an die Heilung kann erst herangegangen werden, wenn die Klage auf „Nichtigkeitsklage" (Rießer meint wohl Klage auf Nichtigkeit) „erhoben ist". Ein Anhalt findet sich dafür im Gesetz nicht. Die Heilung muß sofort zulässig sein, sowie ein Mangel sich bemerkbar macht. Der Heilungsbeschluß ist anfechtbar gemäß den § 271 ff. Die Abänderung muß nach § 277 ins Handelsregister eingetragen werden.

---

[1] Staub 9. Aufl. zu § 310 Anm. 3; Makower zu § 310 II; Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 310; Brand zu § 310, 2c; Ritter zu § 310.

[2] Rießer: „Die Neuerungen im deutsch. Aktienrecht". Berlin 1899.

b) Welche Wirkung hat die Heilung?

Die durch die Eintragung der Aktiengesellschaft erfolgende Heilung der Mängel (s. unter b und c, S. 34) hat die Wirkung, die Mängel, die wesentlich genug sind, daß sie den Richter von der Eintragung, also von der Schaffung, der Aktiengesellschaft zurückhalten sollten, für die einmal eingetragene Aktiengesellschaft ihrer Wesentlichkeit zu entkleiden. Für den Bestand der Aktiengesellschaft hat sie keine Bedeutung; die AG. als solche wurde durch diese Mängel nie erschüttert. Anders ist es mit der Heilung der unter a und d (oben S. 34) aufgeführten Mängel. Man könnte annehmen, daß die Wirkung der Heilung im Moment der vollzogenen Abänderung oder Nachholung einträte, daß, da sämtliche anderen wesentlichen Voraussetzungen (unter ihnen die Eintragung) bereits erfüllt sind, die Aktiengesellschaft durch die Aenderung oder Nachholung allein gesunde, zur Entstehung gelange. Jedoch entspräche diese Annahme weder den Anforderungen der Verkehrssicherheit — der Verkehr verlangt eine öffentliche Kundbarmachung — noch der Logik. Nicht schon mit dem bloßen Vorhandensein einer Gesellschaft, die den Erfordernissen der ins Leben zu rufenden Aktiengesellschaft entspricht, ist eine AG. vorhanden; die Eintragung ist doch noch notwendig. Die Gesellschaft die vor der Heilung eingetragen wurde, trug diesen Erfordernissen nicht Rechnung. Nach der Heilung aber erfüllt sie alle wesentlichen Voraussetzungen; nun kann sie aber auch erst mit Recht als Aktiengesellschaft eingetragen werden. Das hat das Gesetz erkannt und in § 277 Eintragung der Heilung vorgeschrieben.[1]

Man hat also hinsichtlich der Heilung zwei Momente zu unterscheiden:

1. das Moment der Abänderung oder Nachholung: die „bloße Heilung",
2. das Moment der Eintragung der Heilung.

Die bloße Heilung wirkt für den Rechtsverkehr nicht. Denn § 15 I wird durch die Anwendung des § 5 ausgeschlossen; tatsächlich

---

[1] Diese Vorschrift muß analog auf die Heilung der Gründungsmängel angewendet werden, s. o. S. 33.

wirkt sie nur insoweit, als von diesem Zeitpunkt an eine Klage wegen dieses Mangels abgewiesen werden muß und eine Löschung nicht mehr erfolgen kann.

Bedeutender ist die Wirkung der Eintragung des Heilungsvermerks. Für den Rechtsverkehr nach innen und außen bestand zwar die Aktiengesellschaft auch schon vor der Heilung; infolgedessen hat die Eintragung der Heilung für den Rechtsverkehr nur die Wirkung, daß er insofern sicherer geworden ist, als die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage oder der Löschung wegen dieses Mangels fortgefallen ist und, daß im Falle a (oben S. 34) sich das Leben der AG. von nun an nach dem geänderten Gesellschaftsvertrag vollzieht.

Aber tatsächlich hat die Eintragung eine noch größere Wirkung: erstens einmal ist dieser Mangel auch tatsächlich fortgefallen. War dieser Mangel der einzige wesentliche Mangel, so wird durch die Eintragung der Heilung die Aktiengesellschaft als solche tatsächlich geschaffen Erst in diesem Moment[1] wird sie geschaffen; bis hierher bestand sie nicht tatsächlich, denn eine mit einem Wesensmangel behaftete „Aktiengesellschaft" ist keine Aktiengesellschaft.

Die (bloße) Heilung (ohne Eintragung) stellt sich uns dar in Bezug auf den wirklichen Sachverhalt als eine Bedingung, ohne deren Erfüllung die AG. tatsächlich nicht ins Leben treten konnte. Sie ist eine conditio sine qua non, sowie auch die Eintragung der Aktiengesellschaft eine solche ist. Beide aber sind doch ganz verschieden. Die Heilung hat in keiner Weise konstitutive Kraft: Sie allein schafft weder eine Tatsache noch für den Rechtsverkehr eine Rechtslage; sie hat nur die Wirkung, daß auf ihrem Grund die Heilung eingetragen werden muß; erst mittelbar durch die Eintragung gewinnt sie ihre Bedeutung. Die Eintragungen jedoch, die erste, sowie die Eintragung nach der Heilung der Mängel, haben beide konstitutive Wirkung. Die erste schafft nur eine Rechtslage für den Rechtsverkehr (relativ unbedingt konstitutiv); die zweite dagegen schafft die Tatsache und die Rechtslage (absolut unbedingt in Hinsicht dieses Mangels).

Die fehlerfreie Gesellschaft besteht von der Eintragung an als Aktiengesellschaft. War ein Mangel vorhanden, so gilt ganz dem-

[1] Wenn sämtliche wesentlichen Mängel geheilt sind.

entsprechend die Eintragung des Heilungsbeschlusses als Geburtsstunde der AG.[1] Die Berechtigung, rückwirkende Kraft anzunehmen, ist nicht einzusehen. Staub-Pinner[2] nimmt sie ohne eigentliche Begründung an, nur weil die entgegengesetzte Annahme „zu unhaltbaren Folgerungen führen würde"; außerdem „entspricht sie auch nicht dem Zweck und Sinn des Gesetzes". Beide Argumente muß ich bestreiten. Das erste Argument entfällt bei Heranziehung des § 5, da nach dieser Konstruktion unhaltbare Zustände auch zur Zeit der Nichtigkeit nicht vorgelegen haben. Der Zweck kann nur sein: Sicherheit! Die liegt vor. Der Sinn des Gesetzes aber, wie er zu Beginn des vorigen Absatzes festgestellt wurde, scheint mir seiner Annahme zu widersprechen.

3. Die Nichtigkeitsklage.

Die Nichtigkeitsklage regelt sich nach § 309 in Verbindung mit den §§ 272 und 273. Zuständig für sie ist die Kammer für Handelssachen am Landgericht des Gesellschaftssitzes. Berechtigt zur Klage ist jeder Aktionär, jedes Mitglied des Vorstandes, jedes Mitglied des Aufsichtsrates; nicht der Vorstand oder der Aufsichtsrat als solcher; nicht die Gläubiger. Die Klage ist gegen die Gesellschaft gerichtet, die durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird, muß also beiden Organen zugestellt werden (§§ 171, 184 ZPO.). Beide können nur einen Prozeßbevollmächtigten stellen (RG. 66, 38).

Besteht aber der Vorstand nur aus einer Person, und klagt diese oder klagen von ein und demselben Organ so viele Mitglieder, daß dieses Organ beschlußunfähig wird, so braucht die Klage nur der anderen Partei zugestellt zu werden; nur diese Partei vertritt dann die Gesellschaft in dem Prozeß. Klagen alle Mitglieder sowohl des Vorstandes als auch des Aufsichtsrates, so greift hier § 57 ZPO. Platz, da ja die Aktiengesellschaft als juristische Person nicht prozeßfähig ist (RG. 6, 140). Hiernach ist vom Prozeßgericht auf Antrag ein be-

[1] So auch Staub 6./7. Aufl. zu § 310 Anm. 5: „Die Heilung bewirkt, daß die Gesellschaft fortan gültig ist. Die Tatsache aber, daß sie bisher nichtig war, bleibt bestehen".

[2] 9. Aufl. zu § 310 Anm. 5.

sonderer Vertreter zu bestellen. Wahlweise ist auch § 29 BGB. zuzulassen, der den Amtsrichter auf Antrag eines Beteiligten befugt, Vorstandsmitglieder zu bestellen. Da nach § 22 BGB. auch nach Handelsrecht rechtsfähige Vereine Rechtsfähigkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches genießen, so ist kein Grund einzusehen, den § 29 BGB. abzuweisen.[1] § 6 II HGB. begreift die Aktiengesellschaft ein als Verein, dem durch das Gesetz Kaufmannseigenschaft beigelegt ist. Art. 2 EG HGB, der subsidiäre Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches vorschreibt, kommt auch für das Gesellschaftsrecht in Betracht.

Die Parteifähigkeit der Aktiengesellschaft bleibt natürlich unberührt. Aber auch für den Fall, daß die Aktiengesellschaft nichtig ist, ist (entgegen dem Wortlaut des § 50 ZPO.) aktive und passive Parteifähigkeit anzunehmen, weil die Aktiengesellschaft kraft der Eintragung auch sonst im Rechtsverkehr als rechtsfähig gilt.[2] Für den Fall, daß Vorstand und Aufsichtsrat ihr Amt niederlegen, um eine Klage unmöglich zu machen, gilt dasselbe.

Der Wert des Streitgegenstandes wird dargestellt durch das Interesse, das der Kläger an der Klageerhebung hat. Man kann nicht sagen, da der Kläger das Interesse sämtlicher Aktionäre wahre, so komme der Streitgegenstand dem Werte sämtlicher Aktien gleich. Würde der Aktionär als Vertreter der Gesamtheit auftreten, so könnte von einem anderen Aktionär eine weitere Nichtigkeitsklage wegen des Einwandes der Rechtshängigkeit nicht erhoben werden. Daß das aber zulässig ist, ist allgemein anerkannt;[3] es geht aus dem § 272 II

---

[1] So h. M.: Lehmann-Ring Vorbem. zu § 178 Nr. 3 (besonders Abs. 2); Makower Vorbem. zu „Aktiengesellschaft" II; Brand Vorbem. zu AG. Nr. 3 Abs. 2; Ritter Vorbem. zu AG. Nr. 2; Staub 6./7. Aufl. Vorbem. zum Aktienrecht Anm. 9 B. RG. Z. 53, 231 und RG. in DJZ. 1902 S. 53 u. a. m. Gegen Staub (8.) 9. Aufl. zu § 178 Vorbem. zum Aktienrecht Anm. 6a; Dernburg: Bürgerl. R. des Deutsch. R. 1902 I § 82 Nr. IV.

[2] Darüber, daß auch eine nichtige AG. parteifähig ist, s. Benjamin in DJZ. 09 S. 1262 ff.: „Wenn das Gesetz der nichtigen AG. außerprozessualisch gestattet, als Rechtsperson in Beziehung zu treten, billigt es der Gesellschaft ebenso zu, auf prozessualem Gebiet zu Dritten als parteifähiges Rechtsgebilde in Beziehung zu treten".

[3] So Staub 9. Aufl. zu § 272 Anm. 16; Litthauer-Mosse a. a. O. zu § 272 Anm. 2; Makower ebenda Zusatz 3; Lehmann-Ring a. a. O. ebenda Nr. 6.

Satz 3 hervor, auf den in § 309 verwiesen ist. Auf den gleichen Standpunkt stellt sich auch das Reichsgericht;[1] ähnlich Goldmann.[2]

Klagt ein Aktionär, so muß er auf Anordnung des Gerichts Sicherheit wegen der der Aktiengesellschaft drohenden Nachteile leisten. Vom Vorstand oder vom Aufsichtsrat oder von einzelnen Mitgliedern dieser Organe kann eine solche Sicherheitsleistung nicht verlangt werden; auch dann nicht, wenn sie Aktionäre sind. Denn die prävalierende Stellung ist die als Vorstand oder Aufsichtsrat. Der Schaden aber, der durch unbegründete Klage entsteht, ist von jedem Kläger zu ersetzen (sofern er bösgläubig gehandelt), also auch vom klagenden Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied (§ 273 II). Wegen des drohenden Nachteils ist Sicherheit zu leisten. Wegen des durch böswilliges Handeln herbeigeführten Schadens Ersatz. Ist also wegen drohenden Nachteils Sicherheit geleistet, ist der eingetretene Schaden auch tatsächlich so groß, ist er aber nur zum Teil durch bösliche Handlungsweise herbeigeführt, so ist die Sicherheit nur in dieser Höhe zurückzubehalten. Liegt bösliches Handeln überhaupt nicht vor, so ist die Sicherheit gänzlich zurückzugeben.[3] Für die Berechnung des Schadens kommen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Betracht. Nicht als Schaden gilt Kursrückgang, wohl aber Schädigung des Rufes der Aktiengesellschaft. Für Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats greift noch die engere Vorschrift des § 312 HGB. ein. Für Mitglieder des Vorstandes, für Aktionäre und für Außenstehende ist § 318 berechnet, wonach jeder bestraft wird, der ohne Einwilligung eines anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, dessen Aktien zur Geltendmachung der Nichtigkeit benutzt, oder der sich zu diesem Zweck entgeltlich Aktien verschafft, ohne daß natürlich im Verhältnis zwischen den Beteiligten das Aktienrecht selbst auf den anderen übergehen soll. Das gilt selbstverständlich nur für Außenstehende, denn Vorstand und Aktionäre haben das Recht der Klageerhebung ohnedies. Mit betroffen werden jedoch auch Vorstand und Aktionäre durch den letzten Halbsatz: „sowie denjenigen, welcher hierzu durch

[1] RG. 24, 428/29; 48, 382.
[2] Komm. 1905 zu § 273 Ziffer 4.
[3] So Staub 9. Aufl. zu § 272 Anm. 11; Pinner 1899 zu § 272 II, 7.

Verleihung der Aktien wissentlich mitwirkt". Nicht strafbar ist also eine unentgeltliche Ueberlassung und Verwendung zu dem erwähnten Zweck.

Ich will im folgenden kurz darlegen, wegen welcher Mängel die Nichtigkeitsklage zuzulassen ist. Nach § 309 ist die Klage gegeben wegen der in § 182 Abs. II aufgeführten Mängel des Gesellschaftsvertrages. § 309 gibt alle Mängel des Gesellschaftsvertrages an, welche die Nichtigkeit begründen können. Die Mängel des § 182 Abs. I sind also nicht dazu fähig. Das Gesetz hat die Frage, welche Mängel des Gesellschaftsvertrages die Nichtigkeit begründen können, angeschnitten und abschließend geregelt. Die Bestimmungen des § 125 BGB., die bei Verletzung von Formvorschriften Nichtigkeit eintreten lassen, sind durch die spezielle Regelung des Handelsgesetzbuchs ausgeschlossen worden. Hätte das Gesetz Nichtigkeit auch wegen der Verletzung der Vorschriften des § 182 I wollen eintreten lassen, so hätte es diese in § 309 mit aufgeführt.[1]

Wegen weiterer Mängel des Gesellschaftsvertrages ist also eine Klage nicht zuzulassen, sollten sich auch Mängel herausstellen, die dem Wesen der Aktiengesellschaft widersprächen (z. B. Bestimmung unbeschränkter Haftung Einzelner).[2] So würden eben diese Bestimmungen nichtig sein, nicht aber deswegen der ganze Vertrag.[3] Das würde allerdings § 139 BGB. widersprechen, sofern nicht anzunehmen ist, daß auch ohne den nichtigen Teil die Parteien den Vertrag geschlossen hätten. In den §§ 309 und 182 II ist aber eine Spezialregelung zu sehen. Wie oben[3] gezeigt, tritt durch die Eintragung der Aktiengesellschaft Heilung des Gesellschaftsvertrages von weiteren Mängeln ein. Eine Nichtigkeitsklage ist also ihretwegen nicht zulässig. Es ist zweckmäßig, die Grenze für die Nichtigkeitsklage eng zu ziehen. Das hat das Gesetz hinsichtlich der Mängel des Gesellschaftsvertrages getan. Ob das Gesetz freilich sehr glücklich in der Auswahl der die Nichtigkeitsklage ermöglichenden Mängel des Gesellschaftsvertrages ge-

---

[1] So Staub 6./7. Aufl. zu § 309 Anm. 1 b.

[2] Wie wir oben II, 2 dieser Abhandlung sahen, werden die Mängel des § 182 I und ebenso weitere materielle Mängel des Gesellschaftsvertrages durch die Eintragung geheilt, resp. gesetzwidrige Bestimmungen des Statuts gelten als nicht geschrieben.

[3] s. hierüber auch unter II, 2 dieser Abhandlung.

wesen ist, soll dahingestellt bleiben. Die Mängel unter § 182 II Ziff. 5 u. 6 dürften wohl zu den schlichten Mängeln gehören, die ihrer Natur nach eine Nichtigkeit nicht begründen, und eine Nichtigkeitsklage nicht zulassen sollten. Das Gesetz hat sie aber einmal zu wesentlichen Mängeln gestempelt. Aber noch wegen weiterer Mängel des Gesellschaftsvertrages die Nichtigkeitsklage zuzulassen, die, wie Staub so schön sagt: „an sich schon ein ewiges Damoklesschwert über dem Haupte der Aktiengesellschaft ist[1]", ist von der Hand zu weisen.

Die Frage, ob wegen Formfehler bei der Gründung die Nichtigkeit eintreten kann, hat das Handelsgesetzbuch nicht beantwortet; darum ist es gerechtfertigt, hier § 125 BGB. eingreifen zu lassen: Ueberall da, wo zwingende Formvorschriften verletzt sind, tritt Nichtigkeit ein (z. B. bei der Successivgründung bei Fehlen der errichtenden Generalversammlung.[2] Es sind das die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wesentlichen Mängel.[3]

Die Verletzung solcher Formvorschriften macht die Aktiengesellschaft von Anfang an nichtig. Die Eintragung heilt, wie wir oben sahen,[1] die Mängel der Gründungsformvorschriften tatsächlich nicht, läßt aber für den Rechtsverkehr eine Aktiengesellschaft entstehen. Infolgedessen ist auch hier nicht einfache Berufung auf die Nichtigkeit zulässig, sondern Erhebung der Nichtigkeitsklage unter analoger Heranziehung des § 309 notwendig.[4]

---

[1] Staub 9. Aufl. Vorbem. zu § 309.

[2] s. hierüber unter II, 2 dieser Abhandlung.

[3] So Staub 9. Aufl. zu § 309, z. T. Cosack 7. Aufl. S. 723 Abs. 2; Makower zu § 309, III a; Pinner S. 320; Ritter zu § 309 u. a. gegen Staub, 6./7. Aufl. Anm. 2 und 3; Lehmann-Ring Nr. 2 ff.; Simonis a. a O.

[4] A. A. Goldschmidt, in Holdheim 1900 S. 189. Er verwendet den Begriff einer „reinen Nichtigkeit", mit dem er wohl zum Unterschied von der tatsächlichen, aber sich nach außen nicht offenbarenden Nichtigkeit eine Nichtigkeit meint, bei der weder tatsächlich, noch für den Rechtsverkehr etwas vorliegt. Doch scheint mir seine Ansicht nicht richtig. Er übersieht ganz den Wert, den eine Eintragung ins Handelsregister hat; er schreibt: „Ist ein nichtiger Gesellschaftsvertrag in das Handelsregister eingetragen, so ist ein Rechtsgebilde nicht zur Entstehung gelangt, denn die Registrierung hat . . ., weder kreatorische noch heilende Kraft. Hier tritt klar hervor, daß die Klage des § 309 HGBs. in Wahrheit keine Nichtigkeitsklage, sondern eine Klage

Die Erhebung der Nichtigkeitsklage hat vorläufig gar keine Wirkung. Es wird weder für die anderen Aktionäre, noch für die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder die Einrede der Rechtshängigkeit begründet, denn wie schon oben gesagt,[1] ist der Kläger nicht als Vertreter der Gesamtheit zu betrachten. Der Kläger ist bis zur Rechtskraft des auf seine Klage ergehenden Urteil in keiner Weise an den Rechtsstreit gebunden; er kann Vergleiche schließen, er kann die Klage zurücknehmen, er kann verzichten. Die Gesamtheit der Aktionäre geht ihn, den Kläger, nichts an und er geht die Gesamtheit nichts an. Erst in dem Moment, in dem das Urteil rechtskräftig geworden ist, hat es, wofern die Nichtigkeit ausgesprochen wird, seine Wirkung für und gegen alle Aktionäre erstreckt, die nicht Partei sind. Das ist durch sinngemäße Auslegung aus § 273 herauszulesen. Nur für den Fall, daß die Nichtigkeit ausgesprochen wird, tritt diese Rechtskrafterstreckung ein, nicht für den entgegen gesetzten Fall, daß die Klage abgewiesen wird (arg. e c. § 273 I Satz 1). Aus welchen Gründen diese Abweisung geschieht, bleibt sich gleich: ob wegen prozessualer oder materieller Mängel. Diese Bestimmung deckt sich mit den Erfordernissen der Praxis. Würde auch im Falle der Abweisung Rechtskrafterstreckung eintreten, so könnte jede Formvorschrift und Vorschrift über materielle Erfordernisse umgangen werden. Denn angenommen, es läge ein solcher Mangel vor, so brauchte nur irgend jemand Klage zu erheben und sich irgendwie abweisen zu

auf Auflösung der Gesellschaft ist, daß aber bei einer Verletzung einer der Bestimmungen des § 182 I reine Nichtigkeit vorliegt. Trotz der Registrierung ist in einem solchen Falle eine AG. nicht vorhanden . . . Das Rechtsverhältnis einer wegen eines Verstoßes gegen Abs. 1 § 182 HGBs. nichtigen AG. nach innen wie nach außen, d. h. gegenüber den angeblichen Aktionären und gegenüber den Gläubigern bezw. Schuldnern ist das gleiche wie unter Geltung des alten Handelsgesetzbuches bei einem Nichtigkeitsfalle überhaupt. Weder Anwendung der Liquidationsbestimmungen, nach Löschung von Amtswegen ist möglich". Wie sich nun aber Goldschmidt die Rechtslage eigentlich denkt, ist mir nicht klar. Er kann doch nicht annehmen wollen, daß trotz der „reinen" Nichtigkeit, die doch an Kraft der „nicht reinen" Nichtigkeit mindestens gleichsteht, ohne Heilungsmöglichkeit (a. a. O. S. 188) das Treiben dieses unbegreiflichen Wesens fortgesetzt wird. Zur schlimmsten Konsequenz kommt er schließlich durch Ausschluß des ganzen § 311 für die erwähnten Fälle der reinen Nichtigkeit.

[1] s. oben S. 38.

lassen; damit hätte er die endgültige Sicherstellung der nichtigen Aktiengesellschaft erreicht. Dieses Urteil, wodurch die Klage abgewiesen wird, kann somit unbedingt nur Wirkung zwischen den Parteien haben und hat es auch nur. Für jeden anderen bleibt das Recht der erneuten Klageerhebung wegen desselben Grundes bestehen. Dieses Recht erlischt nicht durch irgend einen Fristablauf, wie das Recht zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, denn die Erhebung der Nichtigkeitsklage ist an keine Frist gebunden. Zwar verweist § 272 II auf § 271 II, aber nur bezüglich der Eröffnung der mündlichen Verhandlung. An sich dürfte auch bei abweisendem Urteil über Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse noch von neuem Klage erhoben werden (denn § 273 I erstreckt die Rechtskraft nur für den Fall der Anerkennung der Nichtigkeit); da jedoch die mündliche Verhandlung nach § 272 II nicht vor Ablauf der für die Erhebung der Klage festgesetzten Frist möglich ist, so ist tatsächlich damit jede weitere Klageerhebung unterbunden.

Die Wirkung des die Nichtigkeit bejahenden rechtskräftigen Urteils ist die, daß es unverzüglich zum Handelsregister einzureichen, einzutragen und zu veröffentlichen ist; ferner die, daß nunmehr niemand mehr auf Nichtigkeit der Aktiengesellschaft klagen kann, denn es liegt res iudicata vor. Nicht etwa deswegen kann er nicht mehr auf Nichtigkeit klagen, weil durch das Urteil etwa die Nichtigkeit wirksam geworden sei; auch für den Rechtsverkehr. Das ist nicht der Fall. Für den Rechtsverkehr hat die Rechtskrafterlangung weiter keine als die oben angegebene Wirkung. Nach meiner Konstruktion greift immer noch die Ableitung des § 5 Platz, nach welcher die Eintragung das allein maßgebende Moment ist, nach welcher sich jeder, ob gut oder bösgläubig, auf diese Eintragung berufen kann. Solange diese Eintragung nicht aus der Welt geschafft ist, tritt keine Aenderung für den Rechtsverkehr ein. Alles bleibt in dem Geleise, als wenn von Anfang an eine vollgültige fehlerlose Aktiengesellschaft bestanden hätte, eine Konstruktion, die in Bezug auf die Rechtssicherheit keine Lücke läßt. Erst mit der Eintragung der Nichtigkeit tritt für den Rechtsverkehr eine Aenderung ein. Aber auch hier gibt es keinen Augenblick der Rechtsunsicherheit, denn durch die Eintragung wird die nichtige

Gesellschaft zur Liquidationsgesellschaft,[1] für die wiederum genaue Vorschriften hinsichtlich der Abwicklung der Geschäfte vorgeschrieben sind. Die gegnerische Ansicht,[2] die das verlängerte Eingreifen des § 5 nicht anerkennt, hat zwischen drei verschiedenen Rechtslagen zu unterscheiden: erstens die Rechtslage bis zur Rechtskrafterlangung des Urteils, a) nach innen, b) nach außen; zweitens die Rechtslage zwischen Rechtskrafterlangung und Eintragung. Dagegen gibt es nach meiner Theorie im wesentlichen nur eine.

Mit der Frage der tatsächlichen Wirkung des Nichtigkeitsurteils wird gleichzeitig die nach seiner deklaratorischen oder konstitutiven Kraft aufgerollt. Es ist nach der herrschenden Lehre,[3] welche Nichtigkeit von Anfang an annimmt, ohne weiteres klar, daß es nur deklaratorische Kraft haben kann. Es bestand von vornherein nicht und dieses Nichtsein hat das Nichtigkeitsurteil festgestellt. An dem tatsächlichen Sachverhalt, an dem Umstand, daß eine Aktiengesellschaft niemals bestand, hat es nichts geändert.

Hat nun aber die Eintragung des Nichtigkeitsurteils auf die tatsächliche Nichtigkeit einen Einfluß gehabt? Natürlich nicht. Aber diese Eintragung hat doch auch in tatsächlicher Hinsicht eine ganz eigentümliche Wirkung: Die Schein-Aktiengesellschaft, die bis zur Eintragung der Nichtigkeit in der Luft schwebte, stellt sie scheinbar als Liquidationsgesellschaft fest und tatsächlich auf den Boden. Aber das ist doch nur scheinbar der Fall. Man darf nicht, wie Simonis,[4] sagen: „Die Nichtigkeitserklärung sollte man denn doch Bestandserklärung nennen". Er hat vollkommen Unrecht, denn bei näherer Betrachtung zeigt sich auch hier die Nichtigkeitserklärung als das, was sie ihrem

---

[1] Genaueres siehe unten unter III.

[2] Die gesamte Literatur. Nicht in Betracht kommen können hierfür natürlich diejenigen, die trotz wesentlicher Mängel unangetastetes Bestehen der Gesellschaft als vollgültige Aktiengesellschaft annehmen: Simonis a. a. O. S. 30; Wulf a. a. O. S. 30 ff., besonders S. 35 Abs. 4; Cosack a. a. O. S. 714, § 202, I.

[3] Die gesamte Literatur mit Ausnahme von Cosack, Simonis, Wulf, an dem in Anmerkung 2 dieser Seite angegebenen Orten. Diese müssen folgerichtig auch „konstitutive" (s. S. 45) Kraft des Nichtigkeitsurteils annehmen.

[4] Simonis, Diss. Rostock 1901 a. a. O.

Namen nach sein soll und nicht als Bestandserklärung. Man hat folgendermaßen zu konstruieren:

Von der nichtigen „Aktiengesellschaft" ist übrig: nur der Schein des Rechts. Dieser Schein des Rechts wird durch die Nichtigkeitserklärung (Eintragung der Nichtigkeit) genommen. Es ist also jetzt von der Aktiengesellschaft nichts mehr da. Steht man denn aber nun vor einem Nichts? Hinsichtlich der Aktiengesellschaft ja! Aber es ist doch immer noch die Gesellschaft da, die deswegen nicht Aktiengesellschaft werden konnte, weil nicht alle Voraussetzungen dazu erfüllt waren. Sie ist ja tatsächlich durch die Eintragung gar nicht berührt worden. Sie hat nur eine Zeitlang im Rechtsverkehr als Aktiengesellschaft gegolten. Dieser Schein des Rechts ist wieder genommen; nun steht sie wieder als die alte Gesellschaft da. Diese Gesellschaft hat sich als unfähig erwiesen, den Zweck zu erfüllen, den ihre Mitglieder von ihr verlangten; deshalb wird sie aufgelöst. Diese Gesellschaft wird zur Liquidationsgesellschaft. — Sie hat aber inzwischen Organe bestellt. Es sind nicht Organe einer Aktiengesellschaft, es sind die der Zeichnergesellschaft, vor wie nach. Nimmt es Wunder, daß man diese Organe bei der Liquidation fortbestehen läßt als Organe der Liquidationsgesellschaft? Nimmt es Wunder, daß man für die Liquidation aktienrechtliche Grundsätze vorschreibt, wenn man bedenkt, daß doch alles nach ihrem Muster erfolgt ist? Keineswegs! Die Nichtigkeitserklärung hat die Wirkung, einmal der Zeichnergesellschaft den Schein der Aktiengesellschaft zu nehmen; dann, die Zeichnergesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft umzuwandeln. Diese Umwandlung ist einer Konversion gleichzuachten.

Simonis und Wulf, vielleicht auch Cosack, welche die Aktiengesellschaft, auch wenn sie mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, bis zur Eintragung der Nichtigkeit in jeder Beziehung zu Recht bestehen lassen,[1] müssen der Eintragung der Nichtigkeit wohl rückwirkende Kraft beilegen. Simonis (a. a. O.) redet auch von konstitutiver Wirkung des Nichtigkeitsurteils. Er meint damit die Kraft des Urteils, die Nichtigkeit der zu Recht bestehenden Aktiengesellschaft zu erwirken, also Rechte zu vernichten. Im allgemeinen ist „konstitutiv" nur unter der Bedeutung „rechtsbegründend" in der Literatur gebraucht.

---

[1] s. oben S. 44 Anm. 1.

Hieran möchte ich noch die Erörterung einer formellen Frage schließen: Wird im Handelsregister das Nichtigkeitsurteil oder wird die Nichtigkeit eingetragen? Nach § 309 in Verbindung mit § 273 I Satz 2 sollte man annehmen, daß das Urteil nach § 311 I, daß die Nichtigkeit selbst eingetragen werde. In § 195 heißt es: „Die Gesellschaft ist anzumelden"; in Absatz 2: „Der Anmeldung sind beizufügen"; in § 198 I heißt es: „Bei der Eintragung der Gesellschaft" . . . Daraus läßt sich schließen, daß die Gesellschaft selbst eingetragen werden soll. So wird es ja auch in der Praxis gehandhabt. Analog hierzu kann man annehmen, daß nicht das Nichtigkeitsurteil, sondern die Nichtigkeit selbst eingetragen werden muß. Es genügt auch, in jedem Falle die Nichtigkeit einzutragen, da die Rechtsfolgen der Nichtigkeit auf Grund des Urteils und die auf Grund der Löschung gleich sind.[1]

4. Die Löschung.

Hier sind folgende Fragen zu beantworten:

a) Wann ist die Löschung zulässig?
   Bis zu welchem Zeitpunkt kann sie erfolgen?
b) Wer ist zur Löschung berechtigt?
   Wie vollzieht sich die Löschung?
c) Welche Wirkung hat die Löschung?
d) Welchen Schutz genießt die Aktiengesellschaft gegen unzulässige Löschung?

a) Wann ist die Löschung zulässig? Bis zu welchem Zeitpunkt kann sie erfolgen?

Nach Rießer[2] ist Voraussetzung der Löschung, daß entweder ein unheilbarer Mangel vorliegt oder daß bei Vorliegen eines heilbaren Mangels die Heilung versäumt wurde oder daß die Heilung von der Generalversammlung, die den zu dieser Heilung notwendigen Beschluß fassen sollte, abgelehnt wurde. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Ein weiterer Fall der Berechtigung zur Löschung ist nicht denkbar. Es

[1] Das gilt, wie sich unten (S. 55 ff) zeigen wird, sowohl für die unmittelbare Wirkung der Eintragung als auch für die fernere, die Zukunftswirkung.

[2] Rießer a. a. O.

unterliegt keinem Zweifel, daß die Löschung bei Vorhandensein eines unheilbaren Mangels erfolgen darf; näher zu erörtern ist jedoch, welche heilbaren Mängel die Löschung zu veranlassen imstande sind.

In Betracht können nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht nur die Mängel aus § 182 II oder die Mängel betreffend den Gründungsvorgang der Aktiengesellschaft kommen; die übrigen Mängel werden durch die Eintragung geheilt (s. oben S. 26—29. Nach § 144 I FGG. hat die Löschung einer im Handelsregister eingetragenen AG. gemäß den Vorschriften der §§ 142, 143 FGG. zu erfolgen, aber nur dann, „wenn die Voraussetzungen, unter denen nach den §§ 309/10 des Handelsgesetzbuches die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann". Die Löschung ist also nicht im Rahmen des § 142 I FGG. möglich: wenn eine Eintragung bewirkt wurde, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Daraus geht der Wille des Gesetzgebers hervor, daß die Löschung zu erfolgen habe:

> nicht jedesmal dann, wenn wesentliche Voraussetzungen der Eintragung nicht erfüllt waren, sondern nur dann, wenn die wesentlichen Voraussetzungen vorliegen, die nach § 309 die Nichtigkeitsklage begründen.

Aus der Denkschrift und aus den Kommissionsberichten[1] geht die Absicht des Gesetzgebers hervor, die Nichtigkeitsklage auf die Fälle des § 309 zu beschränken; es war logisch richtig, auch die Löschung nur für diese Fälle zuzulassen. Doch ist nicht der Wille des Gesetzgebers maßgebend, sondern das Gesetz, wie es vorliegt; das Gesetz schließt die Möglichkeit weiterer Anwendungsfälle der Nichtigkeitsklage nicht aus (s. oben II 3). Unter Heranziehung des § 125 BGB. hat die Nichtigkeitsklage auch auf die Fälle der Mängel aus Gründungsformvorschriften ausgedehnt werden müssen. Angesichts der präzisen Ausdrucksweise des Gesetzes in § 144 I verbunden mit § 142 I FGG. hinsichtlich der Löschungsmöglichkeit erscheint es jedoch zweifelhaft,

---

[1] Denkschr. 9. Legislaturper. 1895/97 S. 170; Bericht der Reichstagskomm. S 97: „Mit der in § 300" (jetzt 309) „enthaltenen Bestimmung ist das Gebiet der Nichtigkeitsklage umgrenzt. Darüber hinaus, also wegen sonstiger Mängel des Gründungsherganges, kann eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben werden." Diese Auffassung stellte im Einklang mit der Denkschrift die Kommission als die ihrige fest".

ob auch die Löschungsbefugnis auf alle Fälle ausgedehnt werden kann, für die die Nichtigkeitsklage gegeben ist. Die Nichtigkeitsklage ist in allen Fällen der ursprünglichen und noch andauernden Nichtigkeit der „Aktiengesellschaft" gegeben. Beschränkt man die Löschungsbefugnis, dem Wortlaut des Gesetzes folgend, auf die Fälle des § 309 BGB., so gelangt man zu zwei verschiedenen Nichtigkeiten:

wegen der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nach § 309 i. V. mit § 182 II HGB. ist Nichtigkeitsklage und Löschungsbefugnis gegeben.

Wegen der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nach § 125 BGB., wegen der Mängel der Gründungsformvorschriften, ist ebenfalls die Nichtigkeitsklage gegeben, nicht aber die Löschungsbefugnis.

Dieser Zwiespalt läßt sich nicht rechtfertigen, wenn man sich vergegenwärtigt, zu welchem Zwecke die Nichtigkeitsklage und zu welchem Zwecke die Löschungsbefugnis gegeben worden ist.

Die Nichtigkeitsklage ist den Aktionären gegeben, einmal um ihnen eine Klarstellung der Sachlage zu ermöglichen, dann ferner zur Verhütung, daß ihr in der nichtigen Aktiengesellschaft angelegtes Kapital durch Eingehung weiterer Verbindlichkeiten verbraucht, oder, soweit es noch nicht eingezahlt ist, zwecks Tilgung der Verbindlichkeiten zur Einzahlung herangezogen wird.[1]

Die Staatsbehörde hat ebenso wie die Aktionäre ein Recht darauf, Klarheit in zweifelhafte Angelegenheiten zu bringen; sie ist sogar dazu verpflichtet; ihr muß grundsätzlich[2] an einer Uebereinstimmung der Eintragungen mit dem tatsächlichen Sachverhalt gelegen sein, denn Irrtümer und Täuschungen sind die Folge von Unterschieden zwischen beiden.[3] In der Staatsbehörde verkörpert sich nicht nur das Interesse eines einzelnen Aktionärs, sondern das aller Aktionäre, vermehrt um

[1] So auch Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 15.

[2] Eine Ausnahme s. unter S. 50.

[3] Rausnitz zu § 18 FGG. Anm. 1: „Ein dem Offizialbetrieb unterliegendes Verfahren hat das Ziel, der materiellen Wahrheit, soweit das in der Möglichkeit menschlicher Kraft liegt, zum Siege zu verhelfen" . . . „Eine Tätigkeit des Gerichts, die im wesentlichen keine Rechtsprechung, sondern Mitwirkung bei der Rechtserzeugung ist, hat gleichfalls die Tendenz, keine unabänderlichen Entscheidungen zuzulassen, sondern stets die Möglichkeit zu geben, irrige oder zweckwidrige Anordnungen zu verbessern".

das Interesse sämtlicher Gläubiger der Gesellschaft, daß diese an der Uebereinstimmung von Eintragung und Tatsache, in unserem Falle an der endgültigen Sicherstellung der Aktiengesellschaft haben. Hieraus folgt, daß das Interesse der Staatsbehörde an der Uebereinstimmung von Eintragung und Tatsache als mindestens gleichwertig mit dem der Aktionäre anzusehen ist. Das Interesse bleibt sich gleich, ob die eingetragene „Aktiengesellschaft' wegen der Mängel aus § 182 II HGB. oder wegen der Mängel der Gründungsformvorschriften nach § 125 BGB. nichtig ist: der Zwiespalt liegt in beiden Fällen gleichmäßig vor. Darum muß der Staatsbehörde für alle Fälle der Nichtigkeit der „Aktiengesellschaft" (Mängel aus § 182 II und Mängel der Gründungsformvorschriften) ein Mittel zur Wahrung des Interesses in die Hand gegeben werden. Dieses Mittel ist in der Löschungsbefugnis geschaffen worden. Die etwaige Härte dieser Auslegung wird durch die dreimonatliche Frist, die der Löschung vorauszugehen hat, gemildert.

Aus dem Sinne des Gesetzes folgt logisch der Schluß:

Die Löschung ist in allen Fällen der Nichtigkeit der „Aktiengesellschaft" zulässig ebenso wie die Nichtigkeitsklage.[1]

Die Befugnis zur Löschung der Aktiengesellschaft noch weiter über die Klagebefugnis hinaus, auszudehnen ist nicht angängig. In allen anderen Fällen liegt nicht Nichtigkeit, also kein Unterschied zwischen wahrem Sachverhalt und Eintragung, und somit kein Interesse der Staatsbehörde an der Löschung vor. Liegt eine Eintragung vor, die dem Wesen der Aktiengesellschaft widerspricht (z. B. Zinsversprechen), ohne sie nichtig zu machen, so findet nach § 142 FGG. nur die Löschung dieser Eintragung durch Eintragung eines Vermerkes statt.

Nicht in allen Fällen, in denen die Löschung zulässig ist, ist sie geboten. Das geht aus den Worten „kann gelöscht werden" des § 144 FGG hervor. Die Löschung liegt in dem pflichtmäßigen Ermessen

[1] Ebenfalls dehnen auf die Fälle der Nichtigkeitsklage die Befugnis zur Löschung aus: Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 16; Rausnitz: Komm. FGG. zu § 144 Anm. 4; Dronke: Komm. FGG. zu § 144, 2a; Weißler zu § 144 FGG.; Lehmann-Ring a. a. O. zu § 309 Anm. 10; auch Goldschmidt in Holdheim 1900 S. 189; dieser läßt jedoch nicht wegen sämtlicher Fälle der Nichtigkeit der AG. Nichtigkeitsklage und somit auch keine Löschung zu. Ganz entgegengesetzt Wulf a. a. O. S. 44 letzt. Abs.

des Registerrichters.[1] Bestünde zur Löschung ein Zwang, so hätte das Gesetz die Worte „hat" oder „muß" gebraucht.

Der Registerrichter hat zu prüfen, ob die Löschung diesesfalls im Sinne des Gesetzes liegt (Verkehrsschutz), ob wirklich die Löschung notwendig ist, und ob sie nicht größeren Schaden bringt als Nutzen. Ob die Notwendigkeit vorliegt, hängt von den Umständen ab. Die Möglichkeit zur Löschung muß dem Richter für alle Fälle der Nichtigkeitsklage gegeben sein, doch hat er sie tatsächlich vorzunehmen, nur wenn sie im Interesse der Oeffentlichkeit oder der Beteiligten liegt.

Die Löschungsbefugnis endigt nicht durch Ablauf einer Frist, ebensowenig wie die Befugnis zur Klageerhebung, denn auch das Interesse der Registerbehörde an der Uebereinstimmung von Eintrag und Tatsache erlischt durch Zeitablauf nicht. Erfährt aber die Berechtigung zur Löschung durch die Erhebung der Nichtigkeitsklage eine Aenderung? Man könnte annehmen, daß der Richter das Urteil des Prozeßgerichts abzuwarten habe, da sich in dem Prozesse herausstellen wird, ob die Nichtigkeitsklage begründet war. Dem ist zweierlei entgegenzuhalten: Das Prozeßgericht entscheidet nur über den speziellen der Klage zu Grunde liegenden Nichtigkeitsgrund; daneben können von dem Registerrichter andere Fälle entdeckt worden sein, die ihn, ohne Rücksicht auf den Ausfall des Urteils, zur Löschung berechtigen. Dem Registerrichter bliebe so die Möglichkeit zur Löschung wegen anderer Nichtigkeitsgründe unbenommen. Aber auch für den speziellen Fall des Prozesses ist der Registerrichter nicht verpflichtet, das Urteil abzuwarten. Das geht hervor aus § 127 FGG.: „Das Registergericht kann . . . die Verfügung aussetzen, bis über das Verhältnis im Wege des Rechtsstreits entschieden ist"; eine Verpflichtung dazu besteht also nicht.[2] Zu demselben Resultat gelangt man durch Heranziehung des

---

[1] s. OLG. 5, 475; Rausnitz a. a. O. zu § 142 Anm. 6: „Das Registergericht hat die gesamten Umstände des Falles zu würdigen, die Erheblichkeit der Sache zu prüfen und zur Löschung nur zu schreiten, falls es dieselbe im öffentlichen oder im Interesse der Beteiligten für erforderlich erachtet".

[2] Während der Registerrichter sein Verfahren aussetzen kann, so kann doch nicht verlangt werden, daß wegen des Vorgehens der Registerbehörde ein prozeßgerichtliches Verfahren ausgesetzt werde; die Voraussetzungen des § 148 ZPO. liegen nicht vor: Das Vorgehen der Registerbehörde ist kein Rechtsstreit, die Registerbehörde selbst ist keine Verwaltungsbehörde; s. Ebert Dudeck-Lindemann zu § 127; E. Josef zu § 144; Rausnitz a. a. O.; s. auch Makower

§ 273 I HGB.: Bis zur Rechtskraft des die Nichtigkeit erklärenden Urteils ist jeder Aktionär zur Klageerhebung wegen desselben Grundes berechtigt. Die Handhabe der Registerbehörde ist nicht die Nichtigkeitsklage, sondern die Löschung (eine verkappte Nichtigkeitsklage). Wendet man den § 273 I analog für die Registerbehörde an, so ergibt sich, daß sich bis zur Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils weder Registerrichter noch die Beschwerdegerichte um den Prozeß zu kümmern brauchen. Das kann freilich die unerwünschte Folge haben, daß der Registerrichter die Aktiengesellschaft löscht, während das Reichsgericht die wegen desselben Grundes erhobene Nichtigkeitsklage als unbegründet abweist. Der Registerrichter (dasselbe muß auch für das Landgericht gelten, wenn es gemäß § 143 I FGG. das Löschungsverfahren aufgenommen hat) ist berechtigt, gemäß § 127 FGG. die Verfügung bis zur Urteilsfällung auszusetzen; gezwungen werden kann er hierzu nicht. Er wird es tun, wenn durch die Verzögerung nicht Gefahr droht.

Ist das die Nichtigkeit bejahende Urteil ausgesprochen, so kann der Registerrichter doch noch von Amtswegen löschen, denn das Urteil wirkt nur für und gegen die Aktionäre (§ 273 I). Praktisch ist das natürlich ohne Bedeutung, denn auf Grund des Urteils müßte er ja ohnehin nach Einreichung desselben die Eintragung der Nichtigkeit vornehmen.

Die Löschung von Amtswegen ist also möglich bis zum Moment der Nichtigkeitseintragung auf Grund des Urteils.

Wird der Nichtigkeitskläger rechtskräftig abgewiesen, so bleibt die Befugnis des Registerrichters zur Löschung gänzlich unberührt.

b) Wer ist zur Löschung berechtigt? Wie vollzieht sich die Löschung?

Die Löschung wird vorgenommen von dem Registergerichte (§ 142 I FGG.), dem Amtsgerichte, bei dem die Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist. In dem § 143 II FGG. wird auch dem, dem betreffenden Amtsgerichte übergeordneten Landgerichte eine konkurrierende Berechtigung eingeräumt, die Löschung zu verfügen; die Registereintragung selbst wird auch in diesem Falle vom Registerrichter

zu § 309 IV; Staub 9. Aufl. zu § 309 Anm. 16; Goldmann a. a. O. zu § 309 Anm. 18.

vorgenommen. Bei dem Landgerichte wird nach § 30 I FGG. eine Zivilkammer oder, wofern eine solche besteht, die Kammer für Handelssachen tätig. Den Regelfall wird das Einschreiten des Registergerichts bilden, da diesem das Material unmittelbar zugänglich ist, das zur Prüfung der Löschungsbefugnis im einzelnen Falle benötigt wird. Das Landgericht ist nur als Reserve gedacht für den Fall, daß das Registergericht nicht einschreitet. Daraus ergibt sich auch, daß dem Registergericht der Vorrang gebührt, wenn beide Gerichte gleichzeitig einschreiten. Das Verfahren kann von Jedermann angeregt werden, Interessenten, Behörden, Beamten usw. Eine besondere Berechtigung, Anträge an das Registergericht (also nicht an das Landgericht; an dieses nur Anregungen!) zwecks Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu stellen, ist durch § 126 FGG. den Organen des Handelsstandes verliehen worden.

Das Verfahren der Löschung der Aktiengesellschaft regelt sich nach den §§ 144 I FGG. i. V. mit den §§ 142, 143 und 141 III, IV FGG. und in Preußen nach der Justizministerialverfügung vom 7. Nov. 1899. Vor der Löschung hat das Gericht die Beteiligten von der beabsichtigten Löschung in Kenntnis zu setzen und ihnen eine „angemessene" Frist zur Geltendmachung eines Widerspruches zu bestimmen (§ 142 Abs. II FGG). Diese Frist soll mindestens drei Monate betragen (§ 144 III FGG.). In der Benachrichtigung ist auf die Möglichkeit der Heilung ausdrücklich hinzuweisen (§ 134 JMV. vom 7. November 1899). Als „Beteiligte" im Sinne des § 142 II FGG. kommt der Vorstand der Aktiengesellschaft in Betracht, da von ihm aus die Schritte zu unternehmen sind, zwecks deren die Frist von drei Monaten gewährt wird: nämlich Beseitigung der Löschungsbefugnis entweder durch Erhebung eines Widerspruchs oder durch Heilung der Mängel. Diese Frist bleibt die gleiche, auch wenn die Löschung wegen unheilbarer Mängel erfolgen soll; das Gesetz gibt für diesen Fall keine Ausnahmebestimmung.

Der Widerspruch richtet sich im Falle des § 142 I FGG.[1] an das Registergericht (§ 142 III i. V. mit § 141 III), im Falle des § 143 I FGG.[2] an das betreffende Landgericht (§ 143 II FGG.).[3] Die Entscheidung

[1] Einschreiten des Registergerichts.

[2] Einschreiten des Landgerichts.

[3] a. a. O.: „Gegen die einen Widerspruch zurückweisende Verfügung des Landgerichts." . . . .

über den Widerspruch erfolgt in beiden Fällen in Form einer Verfügung (§ 141 III und § 143 II FGG) gegen die den Widerspruch zulassende Verfügung der ersten Instanz (I. Instanz ist auch das Landgericht, wenn es nach § 143 I FGG. einschreitet) findet nach § 19 I FGG. die einfache Beschwerde statt; gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung die sofortige Beschwerde (§ 141 III und § 143 II FGG.). Die einfache Beschwerde richtet sich im Falle des § 142 I[1] an das Landgericht (§ 19 II FGG.), im Falle des § 143 II[2] an das Oberlandesgericht. Zwar gibt § 143 II das Oberlandesgericht als zuständig nur für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde an; es ist jedoch anzunehmen, daß diese Vorschrift auch für die Fälle der einfachen Beschwerde gilt, wofern das Landgericht in erster Instanz tätig gewesen ist.[4] Im Falle des § 142 I richtet sich die sofortige Beschwerde an das Landgericht, und, wenn dort eine Kammer für Handelssachen besteht, an diese (§ 30 I Satz 2 i. V. mit § 22 I und § 19 II FGG.). Gegen die Entscheidung des Landgerichts findet die weitere Beschwerde statt, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 FGG.); gegen die Entscheidung über den Antrag in den vorigen Stand ist die sofortige weitere Beschwerde gegeben (§ 22 II Satz 3 FGG.). Ueber die weitere Beschwerde entscheidet ein Zivilsenat des Oberlandesgerichts (§ 28 I i. V. mit § 30 FGG.). Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist weitere Beschwerde ausgeschlossen (§ 143 II Satz 2; für den Fall, daß das Oberlandesgericht über die weitere Beschwerde entschieden hat, versteht sich das von selbst). — Erst wenn über den Widerspruch endgültig entschieden ist, darf die Löschung erfolgen (§ 141 IV FGG.).

Der Widerspruch gilt als rechtzeitig erhoben, wenn er vor der Löschung angebracht wurde; nicht notwendig ist, daß er innerhalb der vom Gericht bestimmten Frist geltend gemacht wird. Er ist auch nach Ablauf der Frist zulässig. Hätte das Gesetz für diesen Widerspruch eine Präklusivfrist schaffen wollen, so hätte es, wie im Falle des § 132 I FGG. von einer „bestimmten Frist" gesprochen und nicht von einer „angemessenen Frist"; ferner wäre im Absatz 3 des § 144 I die Formulierung bestimmter gewesen. Statt „wird Widerspruch erhoben" hätte das Gesetz die Worte gebraucht „wird innerhalb der bestimmten Frist Widerspruch erhoben", wie z. B. im § 132 I FGG. Aus diesem

[4] So auch Rausnitz a. a. O. zu § 143 Anm. 8.

Gegensatz heraus berechtigt die Fassung des § 142 II FGG. zu der Auslegung: „Wird überhaupt (vor der Löschuug natürlich) Widerspruch erhoben".[1]

Die Form der Löschung richtet sich nach der Justizministerialverfügung vom 7. November 1899. In der Spalte der Eintragungen wird ein Vermerk aufgenommen, in welchem die Gesellschaft als „nichtig" bezeichnet wird (§ 34 JMV.). Der Löschungsvermerk gleicht vollständig dem auf Grund eines rechtskräftigen Urteils eingetragenen Vermerk, das die Nichtigkeit ausspricht; doch ist bei dem letzteren Vermerk darauf hinzuweisen, daß er auf Grund des Urteils erfolgt ist.[2]

c) Welche Wirkung hat die Löschung?

Die unmittelbare Wirkung der Löschung ist dieselbe wie die der Eintragung der Nichtigkeit auf Grund des Urteils. Was also hier von der Löschung gesagt wird, gilt entsprechend für die Eintragung der Nichtigkeit auf Grund des Urteils.

Auch hier hat man relative Wirkung, die sich nur auf den Rechtsschein bezieht und absolute oder tatsächliche Wirkung zu unterscheiden. Ferner ist unmittelbare Wirkung, die mit der Eintragung gleichzeitig und mittelbare oder Zukunftswirkung zu unterscheiden.

Die relative Wirkung ist folgende: Der Rechtsschein, der durch die Eintragung der Gesellschaft als Aktiengesellschaft entstanden war, wird durch die Löschung genommen; übrig bleibt wie bei der Nichtigkeitseintragung auf Grund des Urteils die Zeichnergemeinschaft. Es ist fraglich, ob man diese zerstörende Wirkung als eine Wirkung ex nunc oder ex tunc anzusehen hat. Man muß sich wohl für letzteres entscheiden. Die Quelle für den Rechtsschein war der Eintrag im Handelsregister; diese Quelle wird gelöscht. Erst von diesem Zeitpunkt an kann allerdings von der erloschenen Quelle kein Rechtsschein mehr ausgehen, was auf eine Wirkung ex nunc hinzudeuten scheint. Jedoch es erlischt mit dem Erlöschen der Lichtquelle auch der Lichtschein, so als ob er nie vorhanden gewesen wäre; der Zustand ist derselbe, als wenn von Anfang an eine Lichtquelle nie bestanden hätte. Ebenso ist es mit dem Rechtsschein. Nach der Löschung des Eintrags kann sich niemand mehr auf die Eintragung berufen. Die

[1] s. Rausnitz a. a. O. zu § 141 Anm. 6.
[2] s. Rausnitz a. a. O. zu § 144 Anm. 7 b.

Rechtslage ist dieselbe, als wenn niemals ein Rechtsschein bestanden hätte. Hier greift § 311 II HGB. ein, der nicht nur einen Rechtsschein fingiert, sondern einen Rechtswiderschein, den Reflex eines tatsächlich vorliegenden Gebildes, d. h. das Vorliegen des Gebildes selbst.

So wie der Eintragung der nichtigen „Aktiengesellschaft" relativ konstitutive Kraft zukommt[1], so muß der Löschung, die das zerstört, was durch die relativ konstitutive Kraft geschaffen wurde: relativ rechtsvernichtende Kraft zugeschrieben werden. Diese rechtsvernichtende Kraft kommt der Löschung in jedem Falle zu; daher ist sie unbedingt. Die Rechtsschein vernichtende Wirkung der Löschung tritt gleichzeitig mit der Vornahme der Löschung ein, sie ist eine unmittelbare Wirkung der Löschung.

Bevor auf die absolute Wirkung der Löschung eingegangen wird, ist die Frage zu entscheiden: Ist der § 311 HGB. auch für die Fälle der Nichtigkeitseintragung durch Löschung oder nur für die Fälle der Nichtigkeitseintragung auf Grund des Urteils gegeben? § 144 FGG. spricht nicht von „Eintragung der Nichtigkeit", sondern von „Löschung von Amtswegen". Daraus könnte auf eine Beschränkung der Anwendbarkeit des § 311 HGB. geschlossen werden. Dagegen spricht aber das Gesetz, in dessen Sinn es liegen muß, in diesem Paragraphen eine Schutzvorschrift für alle Fälle zu schaffen, in denen die gleiche Rechtsunsicherheit durch Aufhebung der Eintragung als Aktiengesellschaft bei Fehlen des § 311 entstehen würde.[2] Was sollte denn geschehen, wenn die Vorschrift nicht für die Fälle der Löschung gegeben wäre? Ohne sich um irgend etwas kümmern zu brauchen, könnten die Mitglieder der Aktiengesellschaft auseinander gehen. Niemand würde für die Abwicklung der Geschäfte, niemand für die Befriedigung der Gläubiger Sorge tragen. Das kann nicht der Wille des Gesetzes sein. Aus der ratio legis heraus muß angenommen werden, daß der Paragraph auch für die Fälle der Löschung anzuwenden ist.[3]

[1] s. oben S. 8.

[2] Nicht als Argument darf man die JMV. anführen, die bestimmt, daß in beiden Fällen gleichmäßig ein Vermerk mit dem Hinweis auf die Nichtigkeit eingetragen wird; denn die Ausdrucksweise dieser Verfügung könnte auf falscher Gesetzesinterpretation beruhen.

[3] So Staub 9. Aufl. zu § 311 Anm. 2; Makower a. a. O. zu § 311 Anm. 1c will § 311 nur „entsprechend" anwenden.

Die absolute oder tatsächliche Wirkung der Löschung, die unmittelbar mit der Löschung eintritt, besteht in der Umwandlung der nichtigen „Aktiengesellschaft“ in eine Liquidationsgesellschaft. Eine weitere unmittelbare absolute Wirkung soll die Löschung nicht haben. Sie hat weitere unmittelbar absolute Wirkung, wenn die Löschung einer zu Recht bestehenden Aktiengesellschaft vorgenommen wird. Die Löschung einer zu Recht bestehenden Eintragung soll nicht erfolgen; erfolgt sie dennoch, so tritt auch in diesem Falle die genannte Umwandlung ein. Dieser Standpunkt muß aufrecht erhalten werden trotz der Vorschrift des § 142 I Satz 1 FGG., die allgemein bestimmt, daß nur unzulässige Eintragungen durch Löschung aus dem Handelsregister wieder entfernt werden dürfen. Wird die gültige AG. gelöscht, so hört die Aktiengesellschaft auf, Aktiengesellschaft zu sein, denn der Eintrag im Handelsregister, der, wie wir sahen, die wichtigste conditio ist, ohne die die Aktiengesellschaft nicht zur Entstehung gelangen kann, ist fortgefallen. Die Eintragung, die zum Entstehen der AG. notwendig ist, ist es aber ebenso zum Bestehen, zum Weiterbestehen. Die Eintragungen sind für alle, die sich mit der AG. einlassen, von unersetzlicher Bedeutung; es würde eine heillose Rechtsunsicherheit einreißen, wenn Aktiengesellschaften ohne Eintragung fortbestehen könnten. Durch die Löschung wird die bis dahin vollgültige AG. in den Zustand zurückversetzt, in dem sie sich vor der Eintragung befand. Von diesem Stadium aus erfolgt die Umwandlung in die Liquidationsgesellschaft. Diese Umwandlung ist hier ebenso notwendig, als wenn Nichtigkeit der Aktiengesellschaft aus einem anderen Grunde vorläge, denn durch die Wegnahme einer wesentlichen Bedingung ist die ehemalige Aktiengesellschaft in ein Zwitterstadium eingetreten, in dem sie nicht bleiben kann.

Weitere absolute Wirkungen der Löschung treten unmittelbar nicht ein. Tatsächlich ändert auch die Löschung an dem Nichtbestehen der Aktiengesellschaft nichts. In dieser Beziehung hat die Löschung nur deklaratorische Wirkung; sie spricht nur die vorhandene Nichtigkeit aus. Eine rückwirkende Kraft kann ihr für diesen Fall nicht zukommen, denn die „Aktiengesellschaft“ war von Anfang an nichtig.

Die mittelbare, die Zukunftswirkung der Nichtigkeiteintragung, die nach der Umwandlung in die Liquidationsgesellschaft einsetzt,

wird unten (unter III) besprochen werden. Vorerst soll aber noch die Frage Erörterung finden:

d) Welchen Schutz genießt die Aktiengesellschaft gegen unzulässige Löschung?

Für die Haftung des Beamten kann § 273 II HGB., der in Verbindung mit § 309 HGB. die Haftung des Klägers für einen durch unbegründete Erhebung der Nichtigkeitsklage entstehenden Schaden regelt, nicht analog herangezogen werden. Die privatrechtliche Haftung des Beamten regelt sich vielmehr nach dem bürgerlichen Recht. Es kommt für die Haftung des Registerrichters[1] nicht nur der Fall in Betracht, daß ein Grund zur Löschung überhaupt nicht vorlag (wie für die Haftung des Aktionärs wegen unbegründeter Klageerhebung), sondern auch der Fall, daß er eine nichtige Aktiengesellschaft ohne Einhalten der den Richter bindenden gesetzlichen Vorschriften gelöscht hat: Wenn er z. B. die Löschung vor Erledigung des Widerspruchs oder ohne Benachrichtigung der Beteiligten oder vor Ablauf der vorgeschriebenen Frist vorgenommen hat. Nach § 839 haftet der Beamte wegen einer Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht sowohl für vorsätzliches als fahrlässiges Verhalten. (Dritter kann hier nur die AG., nicht der Aktionär sein, weil nach dem Wesen der Aktiengesellschaft und analog der Vorschrift des § 273 II eine Haftung einzelnen Aktionären gegenüber unmöglich ist, während die Haftung des Aktionärs auf den Fall „böslicher Handlungsweise" (§ 273 II HGB.) beschränkt ist.) Es ist nicht notwendig, daß der eingetretene Schaden voraussehbar war, sondern nur daß ein Schaden tatsächlich entstanden ist[2]. Bei Fahrlässigkeit haftet der Beamte nur (§ 839 I Satz 2 BGB.), wenn von dritter Seite Ersatz nicht zu erlangen ist.

---

[1] Schreitet das LG. ein, so gilt für seine Haftung entsprechendes.

[2] Unter „Schaden" ist hier ebenso wie bei der Nichtigkeitsklage auch Schädigung des Rufes der AG. zu verstehen, nicht aber z. B. Kursrückgang, da dieser unmittelbar nur die Aktionäre trifft. Im übrigen siehe das auf S. 39 Gesagte.

III.

Die Wirkung der Nichtigkeit nach der Eintragung

(sowohl auf Grund der Löschung als auf Grund des Urteils).

Bei der Besprechung der Nichtigkeitsklage wurde auf die Wirkung der Rechtskrafterlangung des die Nichtigkeit bejahenden Urteils hingewiesen (S. 42—44); es wurde hingewiesen auf die unmittelbare Wirkung der Nichtigkeitseintragung (S 44ff) und die der Löschung S. 54ff.): Zerstörung des Rechtsscheins der „Aktiengesellschaft" und Umwandlung der Zeichnergesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft.

Hier soll die Nichtigkeitswirkung behandelt werden, die nicht gleichzeitig mit der Eintragung der Nichtigkeit, sondern erst nach der Eintragung eintritt: die Zukunftswirkung der eingetragenen Nichtigkeit.

Aus der Möglichkeit der Heranziehung des § 311 für die Nichtigkeitseintragung auf Grund der Löschung ergibt sich, daß die sich nach § 311 und den §§ 293 bis 303 gestaltende Zukunftswirkung der Löschung mit der der Nichtigkeitseintragung auf Grund des Urteils übereinstimmt. Darum soll die Zukunftswirkung hier für beide gemeinsam besprochen werden.

Der Zweck der Liquidation ist ordnungsmäßige Abwicklung der Geschäfte, Befriedigung der Gläubiger und Verteilung des Restes. Ein geordnetes Verfahren ist hierbei nur möglich, wenn in einem genau umgrenzten Ganzen Sachkenntnis und strenge Geschäftsführung herrschen: darum gibt das Gesetz der übrig gebliebenen Zeichnergemeinschaft Rechts- und Geschäftsfähigkeit und damit auch Parteifähigkeit, nur aber so weit, als es zur Abwicklung der Geschäfte notwendig ist;

darum bestellt das Gesetz die bisherigen Vorstandsmitglieder zu Liquidatoren, behält sich jedoch das Recht vor, auf Antrag selbständig Liquidatoren zu ernennen. Endlich bestimmt es mit glücklichem Griff die Anwendung aktienrechtlicher Grundsätze, denn nach dem Muster einer Aktiengesellschaft hat sich ja das Leben der Zeichnergemeinschaft abgespielt. Es ist von diesem Gesichtspunkt aus der Annahme Makower's[1] Recht zu geben, daß nur, soweit die Mängel der Satzung es gestatten, aktienrechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen. — Waren die Mängel so groß, daß solche Grundsätze bislang ausgeschlossen waren, so brauchen sie auch in dem Liquidationsstadium nicht angewendet zu werden. Die aktienrechtlichen Vorschriften, die für die Aufgaben der Liquidationsgesellschaft in Betracht kommen, sind in den §§ 293 bis 303 HGB. über die Auflösung einer Aktiengesellschaft enthalten. Außerdem gelangen noch die §§ 311 Abs. II und 311 III zur Anwendung. Daß diese[2] Vorschriften sich auch[3] auf die Zeit nach der Nichtigkeit beziehen, habe ich oben hervorgehoben.[4]

Die Tätigkeit der Liquidatoren besteht im wesentlichen darin, die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern (§ 297 HGB.), die laufenden Geschäfte zu beendigen, Forderungen — unter diesen die von den Gesellschaftern versprochenen Einzahlungen — einzuziehen, das Vermögen zu versilbern und die Gläubiger zu befriedigen (§ 298 i. V. mit § 149 HGB.), sowie nach Ablauf des Sperrjahres das übrig bleibende Vermögen nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge an die „Aktionäre" zu verteilen (§§ 300 und 301 HGB.). Sie vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 149) Innerhalb ihres Geschäftskreises haben sie die Rechte und Pflichten eines Vorstandes (§ 298). Für den Schluß eines jeden Jahres haben sie eine Bilanz aufzustellen.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit sie zur Erfüllung der Verbindlichkeiten benötigt werden

---

[1] a. a. O. zu § 311 IV; s. auch Denkschr. S. 170.

[2] Die Vorschriften des § 311 II und III.

[3] Für die oben angegebene Konstruktion haben sie sogar lediglich für diese Zeit Bedeutung.

[4] s. oben S. 19 bis S. 21.

(§ 311 III). — § 311 II bestimmt, daß die im Namen der Gesellschaft mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werden. Es kann sich also weder ein Beteiligter noch ein Dritter auf die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft berufen, sofern es sich um mit Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte handelt. Die Liquidatoren können den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber die Nichtigkeit nicht geltend machen; ebensowenig aber können das die Schuldner der Gesellschaft gegenüber. Diese Bestimmung ist gerechtfertigt und notwendig; für den Rechtsverkehr hat bis zur Eintragung der Nichtigkeit die Gesellschaft als Aktiengesellschaft bestanden; es trifft denjenigen, der sich mit ihr eingelassen hat, kein Verschulden. Es konnte von ihm mit Fug und Recht nicht verlangt werden, daß er sich vorher auf eine langwierige Untersuchung einläßt, ob die Gesellschaft zu Recht besteht. Hierzu wäre er ohne § 311 II gezwungen. Andererseits sollen aber auch die Schuldner nicht einen ungerechtfertigten Vorteil davontragen, auf den sie gar nicht rechnen konnten.

Die Vorschrift des § 311 III findet nur für die Gesellschafter Anwendung, die unter Voraussetzung einer ursprünglich gültigen Aktiengesellschaft zur Leistung herangezogen werden könnten. Nicht heranzuziehen sind die, deren Verpflichtung den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts zur Entstehung der Verbindlichkeit nicht genügt. Sie sind selbst bei Vorliegen einer wirklichen Aktiengesellschaft nicht heranzuziehen, also auch nicht beim Vorliegen einer nichtigen AG.[1] Die versprochenen Einzahlungen sind soweit zu leisten, als zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft erforderlich ist. Dieses Erfordernis hat der Einfordernde zu beweisen. Die Einzahlungen sind auch für die Verbindlichkeiten zu leisten, welche die Liquidatoren nach § 149 HGB. zur Beendigung schwebender Geschäfte neu eingegangen sind. Denn § 311 Abs. I verweist auf § 298 und dieser weiter auf § 149 HGB. Auch die nach § 300 III zur Erstattung

[1] Ebenso Denkschr. S. 170 mit der Begründung: „denn die Mitglieder einer für nichtig erklärten AG. dürfen selbstverständlich nicht im weiteren Umfange herangezogen werden als die Aktionäre einer gültig errichteten und demnächst aufgelösten AG.“, ebenso Makower zu § 311 Anm. 6; Goldmann a. a. O. Anm. 4 zu § 311; Lehmann-Ring a. a. O. Anm. 5 zu § 311; Staub 9. Aufl. Anm. 5 zu § 311.

der Einlagen nötigen Einzahlungen müssen gemäß der Verweisung auf die Auflösungsvorschriften als leistungspflichtig angesehen werden. Wie bei Vorliegen einer ursprünglich gültigen Aktiengesellschaft sind die Einzahlungen von allen in demselben Maßstabe zu verlangen und zu bewirken, da andernfalls die aktienrechtlichen Grundsätze verletzt werden.[1]

---

[1] s. auch Lehmann-Ring zu § 311 Anm. 5; Staub 9. Aufl. zu § 311 Anm. 6.

IV.

Haftung für aus der Nichtigkeit entstandenen Schaden.

Es soll hier nur der Fall behandelt werden, daß die Klageerhebung oder die Löschung begründet waren, daß also die Nichtigkeitsklage begründende Mängel vorlagen. — In diesem Falle bestand die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft von Anfang an. Aus der Nichtigkeit der AG. kann den Mitgliedern sowohl als auch Dritten ein Schaden erwachsen. Der Schaden wird sich vorwiegend auf den entgangenen Gewinn beschränken, doch kann auch z. B. infolge der auf Grund der Nichtigkeit erfolgenden Auflösung der Gesellschaft eine bewilligte Stundung zurückgezogen werden. An sich wäre für diesen Schaden niemand haftbar zu machen, denn die Verträge, die mit der nichtigen Aktiengesellschaft geschlossen sind (Berufung auf die Eintragung der AG. ist nach der Löschung nicht mehr möglich), unterliegen derselben rechtlichen Beurteilung wie die Verträge mit Geschäftsunfähigen, d. h. sie sind gar nicht zustande gekommen, denn nach § 105 BGB. sind die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig. Für Dritte greift helfend § 311 II HGB. ein. Dieser Paragraph ist aber nicht auf die Mitglieder der Gesellschaft anzuwenden. Ebensowenig schützt die Mitglieder der auf S. 11 angeführte Gewohnheitssatz, wonach die Eintragung ein Verpflichtungsgrund der Oeffentlichkeit gegenüber ist. Den Mitgliedern haftet demnach niemand für den entstandenen Schaden. Aber auch Dritte schützt der § 311 II nicht vollständig. Nach § 311 II soll die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht berührt werden. Die oben angeführten Beispiele zeigen aber, daß eine Beeinflussung der Rechts-

geschäfte nicht immer auszuschließen ist. Soweit § 311 II nicht Platz greift, müßte nun eigentlich eine Haftung für diesen Schaden nicht statthaben, doch liegt es im Sinne des Gesetzes, das am Schutze des Dritten Interesse hat, den Dritten auch hinsichtlich dieses Schadens zu schützen.

Wer haftet für diesen Schaden? Die Denkschrift sagt (S. 170): „Sollten ferner wegen der eingegangenen Verbindlichkeiten lediglich diejenigen haften, die namens der Gesellschaft gehandelt haben, so wäre dies nicht nur eine unbillige Härte, sondern auch für die Gläubiger unzureichend". Daraus geht hervor, daß die Denkschrift auch eine Haftung derer für möglich hält, die namens der Gesellschaft gehandelt haben. Für die Haftung kommt § 179 BGB. in Betracht. Der Handelnde ist als Vertreter der Aktiengesellschaft aufgetreten; die Aktiengesellschaft bestand aber nicht, er kann seine Vertretungsmacht nicht nachweisen, da die Berufung auf die Eintragung nicht mehr möglich ist. Es handelt sich hier nur um einen durch die Eintragung der Nichtigkeit entstandenen Schaden, denn vor der Nichtigkeitseintragung ist ein Schaden der angeführten Art wegen der Heranziehung des aus § 5 abgeleiteten Prinzips nicht denkbar. Es können darum nur Geschäfte berührt werden, die nach der Eintragung der Nichtigkeit nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Für diesen Schaden hat also, soweit § 311 II das nicht ausschließt, der Vertreter zu haften. Er ist zu Erfüllung oder Schadenersatz verpflichtet; hat er den Mangel nicht gekannt, so hat er das negative Geschäftsinteresse zu ersetzen, jedoch nicht über das positive hinaus. Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere den Mangel kannte oder kennen mußte.

Lebenslauf.

Am 31. August 1887 wurde ich, Johannes Gottfried Kaden, zu Berlin geboren. Ostern 1894 trat ich in das Königstädtische Realgymnasium daselbst ein. Im Februar 1906 bestand ich das Abiturium an derselben Schule. Zum Studium der Chemie und Maschinenlehre begab ich mich Ostern 1906 an die Technische Hochschule zu München Im Juli 1907 bestand ich dort das Diplomvorexamen für Chemiker. Vom Oktober 1907 bis Ende September 1908 diente ich im Feldartillerie-Regiment Nr. 18 zu Frankfurt a. O. Danach kehrte ich an die Technische Hochschule München zurück. Im Juli 1910 bestand ich dort das Diplomhauptexamen für Chemiker mit I. Während des Sommersemesters 1910 studierte ich als Hörer der Juristischen Fakultät der Universität München Rechtswissenschaft. Nach dem Diplom-Ingenieurexamen ging ich als ordentlicher Studierender an die Universität München über, wo ich bis zum Ende des Wintersemesters 1911/12 verblieb. Nebenher verfertigte ich eine zur Erlangung der Würde eines Doktor-Ingenieurs in Aussicht genommene Dissertation. Ich bestand das Examen am 1. Mai 1912 mit II, und wurde zum Dr. Ing. ernannt. Vom Mai 1912 bis Ende des Sommersemesters 1913 studierte ich Rechtswissenschaft an der Königl. Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg. Im Juni 1912 wurde ich zum Leutnant der Res. des Feldartillerie-Regiments Nr. 18, Frankfurt a. O, befördert.

Ich beabsichtige, für den Fall des Bestehens der juristischen Doktorprüfung demnächst in die Industrie überzutreten.